

A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Luciana de Medeiros Fernandes

Professora do Curso de Especialização em Direito da UFPE
Assessora Judiciária do Tribunal Regional Federal da 5ª Região
Mestre e doutoranda pela Pós-Graduação em Direito da UFPE

SUMÁRIO: Introdução: A Constituição diante do embate entre as forças internacionais de aglutinamento e universalização e as discrepâncias entre os Estados – Situando a temática do relacionamento entre Direito Interno e Direito Internacional. O Direito Internacional Convencional. 1. Concepções teóricas acerca da relação entre as ordens jurídicas interna e internacional. 1.1. Os posicionamentos clássicos: dualismo e monismo. Radicalismo e moderantismo. 1.2. A infecundidade da noção de primazia e a emergência da tese da coordenação: o princípio da subsidiariedade. 1.3. As problemáticas envolvidas no entorno. 2. O Direito Internacional Convencional nas Constituições brasileiras, segundo a experiência constitucional de outros Estados e na perspectiva da Sociedade Internacional. 2.1. Breve esboço descritivo e evolutivo: as Constituições brasileiras anteriores à de 1988. 2.2. O Direito Comparado. 2.3. A regulação empreendida pela Convenção de Viena. 3. Os tratados internacionais na Constituição Federal de 1988. 3.1. Modelação em consonância com os princípios constitucionais regentes das relações exteriores (art. 4º e parágrafo único, da CF/88). 3.2. O *Treaty-Making Power* (arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da CF/88). Procedimentos de inclusão na ordem interna (art. 49, I, da CF/88). 3.3. Posicionamento na hierarquia das normas e controle de constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, b, da CF/88). 3.4. O parágrafo único, do art. 4º, da CF/88, e o direito da integração. 3.5. Diferenciação expressa dos tratados internacionais

de direitos humanos: as discussões acerca do § 2º, do art. 5º, da CF/88. 4. O tratamento conferido aos tratados pelo Supremo Tribunal Federal. Os seus *leading cases*. 4.1. A colisão entre tratado e lei: a regra da paridade. 4.2. O conflito entre tratado e Constituição: a prevalência da supremacia constitucional. 4.3. A situação dos tratados de integração. 4.4. O entendimento quanto ao Direito Internacional Convencional Humanitário. 4.5. A adequabilidade do entendimento firmado pela “Corte Constitucional” e as perspectivas frente ao desenvolvimento da noção de subsidiariedade. Conclusão: Constituição e equilíbrio. Referências bibliográficas.

Introdução: A Constituição diante do embate entre as forças internacionais de aglutinamento e universalização e as discrepâncias entre os Estados – Situando a temática do relacionamento entre Direito Interno e Direito Internacional. O Direito Internacional Convencional.

Se, de um lado, as discussões em torno do relacionamento entre as ordens jurídicas interna e internacional não são recentes – muito ao contrário, pois decorrem da própria compreensão das relações internacionais, enquanto fenômeno intersubjetivo –, de outro, não se pode negar que a tais debates têm sido conferidos novos matizes, em virtude das diferenciadas características e direcionamentos propostos no exercício da hodierna convivência entre os Estados, assinalado, tal convívio, pela intensificação e acentuada complexificação. De fato, a comunicação entre direito interno e direito internacional passa a ser percebida não apenas em função da vinculação entre Estados através de acordos tradicionais de direito internacional público, mas também face às exigências dos movimentos integracionistas e universalizadores, sobretudo em virtude dos influxos do ideário da globalização, sejam, em relação a esta, andamentos de confirmação ou de resistência.

Destarte, a par das formas clássicas de ligação entre os Estados, medraram outros mecanismos de aproximação. Os processos de integração e regionalização – concernentes à formação de comunidades de Estados que, atendendo a determinados padrões e semelhanças, se vinculam através de tratados fundacionais e se comprometem a adotar os instrumentos político-normativos necessários ao desenvolvimento compatilhado –, a exemplo da União Européia e do Mercosul – citados, o primeiro, por sua condição paradigmática, e, o segundo, por estar o Brasil nele inserido –, imprimiram novas força e cores às questões que permeiam as relações entre direito interno e direito internacional, haja vista o desenvolvimento de conceitos, como supranacionalidade, direito da comunidade e direito internacional especial (com pretendida aplicação direta, imediata e súpera), cidadania comunitária, demonstrativos de uma mais significativa avizinhação entre os Estados, componentes da realidade integrativa, bem como de uma modificação quantitativa e qualitativa das relações

internacionais, com reflexos na produção e compatibilização normativa interna, comunitária e em relação a terceiros Estados.

De outro ângulo, não se pode desconsiderar a tendência à universalização de certos temas, anteriormente enclausurados, segundo se diz, nos estreitos limites do estatal e do nacional. Nessa contextura, destacam-se os discursos relativos aos direitos humanos e ao meio ambiente, podendo este ser concebido como um fragmento daqueles. Trata-se de evidenciar, no tocante ao direito internacional convencional humanitário, o liame com o homem e não com o cidadão (princípio da universalidade), ou, no dizer de CANOTILHO, um “direito internacionalmente (não estadualmente) referenciado”²⁸². A humanidade de tais direitos e, por conseguinte, a responsabilidade de todos com a sua perfectibilidade estariam, assim, a exigir, sob o epíteto “abertura ao outro”, a mundialização de sua percepção, regulação e trato, não se mostrando admissível a persistência de ordenações parciais e insuladas. Expressam-se, ademais, as postulações pelo reconhecimento do homem como sujeito de direito internacional e pela afirmação jurídica da intervenção humanitária. A multiplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, a atuação das Cortes Internacionais especializadas e, sobretudo, a sensibilização dos ordenamentos constitucionais à temática (a exemplo da reforma constitucional argentina de 1994 e mesmo da reforma brasileira trazida com a Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004), pela atribuição de natureza especial às normas de direitos humanos, também repercutem consideravelmente no relacionamento entre as ordens jurídicas interna e internacional.

Por outra via, não se pode deixar de examinar convenientemente a pressão exercida por esses novos modelos de atuação internacional, não apenas no âmbito de sua especificidade (com a fixação de regras diferenciadas de solução de conflitos entre normas de direito interno e normas internacionais convencionais de direitos humanos e de integração, com a prevalência dessas últimas, em detrimento da ordem jurídica interna), mas também de modo mais ampliado, na medida em que reputados, tais padrões, não raras vezes, como indicativos de uma vocação internacionalista (agregativa e universalizadora) inerente às sociedades humanas. Disso decorre que pretendem influenciar, mais largamente, também, na eleição das fórmulas de regência do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional, genericamente considerado, com vistas à garantia da supremacia deste. Nesse sentido, não se pode olvidar a existência de um *jus cogens*, corpo de normas jurídicas internacionais que, por sua relevância material e sua força supraconstitucional, obrigaria o Estado independentemente de sua manifestação de vontade nesse sentido.

Os rumos apontados animam as teses internacionalistas, que defendem a irreversível tendência de abertura dos Estados ao convívio em comunidade,

282 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 514.

sob a regulação de uma ordem jurídica comum e uniforme, qual seja o direito internacional, não apegada a interesses particularizados ou egoísticos, e sim compromissada com a paz e o bem universal, com o interesse comum da humanidade (*common concern of mankind*), sendo, pois, dotada de maior grau de efetividade, dado o alcance de sua representatividade. Escopos tão beneméritos justificariam a defesa da primazia do direito internacional, ao qual se deveria adequar o direito interno, bem como o patrocínio da responsabilização do Estado pelo não cumprimento das normas internacionais a que tenha se vinculado.

Entretanto, ao lado dessas concepções internacionalistas, não se pode desprezar, mesmo porque macroscópica, a grande disparidade que distingue e aparta os diversos Estados, dissonâncias essas culturais, religiosas, políticas, jurídicas, sociais e, particularmente, econômicas, que repercutem nas relações internacionais que os Estados exercitam, na medida em que indicam necessidades também dispares. A dessemelhança assoma-se cada vez mais expressivamente, do que são provas as desinteligências entre os Estados, atualmente, noticiadas, inclusive no âmbito dos organismos internacionais e das instituições regionais, e que levam a crer na prematuridade da defesa da idéia de alteração do padrão diretivo dos relacionamentos interestatais, mesmo porque o Estado continua sendo a organização política por excelência. Outrossim, não se pode desconsiderar a forma pela qual sempre se desenvolveram as relações exteriores (sustentadas em vínculos de dominação). Nesse sentido, mostra-se simplista a alegação – fundada no fato de que as normas internacionais obrigariam indistintamente todos os Estados – de que a desigual capacidade de influência na construção dos textos normativos internacionais e de decisão nos foros externos não deve se constituir em empecilho à aplicação prioritária do direito internacional. É de se sublinhar que essa desigualdade implica mesmo na cassação da natureza internacional dessas normas, porquanto desacreditado o multilateralismo inerente à noção de internacionalidade.

Nessa ambiência, avultam-se as teses ditas nacionalistas, em defesa do primado do direito interno, como garante da independência, do equilíbrio, da estabilidade doméstica e do respeito às disparidades entre os Estados. Algumas delas, de feição mais radical, pregando o desprestígio do direito internacional, por estar ele ainda fundado em elementos de força e pressão, e não no amadurecimento político-jurídico que confirmaria as boas intenções dos seus propagandistas. Outras, mais moderadas, reconhecendo graus de desenvolvimento ao direito internacional e preconizando a relevância da conciliação entre as ordens jurídicas interna e internacional, mas sempre em respeito aos alicerces fundamentais do direito interno.

É nesse entrechoque que sobressai a Constituição, enquanto apontando o que é essencial ou estrutural em determinado ordenamento jurídico sócio-estatal, ditando como o Estado se estabelece, como se organiza, de que forma atua e quais os limites que o atrelam, bem como quais os direitos

e garantias fundamentais do seu elemento humano. Consequentemente, frente às atribuições que lhe são inerentes, por estarem em seu âmago de significação, é certo que à Constituição também incumbe, a definição das bases sobre as quais se desenvolverão as relações entre ela – norma fundadora – e as normas alienígenas, ou, dito de outro modo, como essas normas internacionais serão captadas e aplicadas pelo Estado.

Analisando as funções clássicas da Constituição e trazendo à discussão uma visão revisional, CANOTILHO destaca que, ao lado das idéias de estabilidade e rigidez, tipificadoras da Constituição enquanto “ordem jurídica fundamental” e referentes ao seu núcleo imutável, deveria ser considerada a necessidade de flexibilização ou a “pretensão de dinamicidade” do Texto Constitucional, na medida em que “o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social”²⁸³. Sublinha, em continuação, que a Constituição se constrói em função de uma “*sociedade aberta* ao pluralismo social, aos fenômenos organizativos supranacionais e à globalização econômica”²⁸⁴, ou seja, deixando espaços de inclusão – e, pois, de atualização – capazes de reconhecer realidades que vierem a surgir por força da evolução social. Ao mesmo tempo, contudo – e isso é bastante relevante –, ressalta que “a constituição pode e deve fixar não apenas uma *estadualidade juridicamente conformada* mas também estabelecer *princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada*”²⁸⁵. Disso resulta que, se por uma parte, impõe-se à Constituição uma regulação menos exaustiva e mais atenciosa em relação às variações sociais e à inovação de suas carências (flexibilização e adaptabilidade), sob pena de erosão de sua capacidade de concretização, por outro lado, e ao mesmo tempo, dela se exige a manutenção da unidade, do que decorre mesmo o incremento da sua função de controle e limitação do poder.

Ainda citando CANOTILHO, por sua acuidade, enumera, ele, as funções clássicas da Constituição²⁸⁶ – “a da revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política” (segundo os princípios e valores que a identificam); a de outorga de “legitimidade a uma ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político”; a de garantia dos direitos e liberdades e a de limitação do poder; a de conformação jurídica do Estado

283 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina. [s.d.], p. 1417.

284 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina. [s.d.], p. 1418.

285 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina. [s.d.], p. 1418. O itálico é do original; o negrito é nosso.

286 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina. [s.d.], p. 1420-1423.

(Estado de direito)²⁸⁷; a de organização do poder político –, para, em capítulo seguinte, destacar, como novas funções da Constituição²⁸⁸: a de “inclusividade multicultural”, ou seja, a de garantia de um “sistema constitucional pluralístico”, concebida tal função pelo reconhecimento da concorrência, em um mesmo ambiente social, de grupos culturais minoritários e dominantes, ambos produtores de normas e exigentes de inserção; a de fixação de parâmetros mínimos que permitam a interação, em nível constitucional, entre os vários sistemas sociais não-jurídicos (econômicos, culturais, científicos, religiosos), sem prejuízo, entretanto, para as identidades próprias consagradas por cada um desses campos.

O que se depreende dos ensinamentos, acima singelamente sintetizados, é a ênfase na pluralidade – não raras vezes caracterizada por elementos em conflito – e na necessidade de sua compatibilização. Essa harmonização incumbe à Constituição, como norma fundamental, que, para o exercício dessa atribuição, encontra-se guiada pelas noções de tolerância, de percepção da diversidade, de interdisciplinariedade, mas também orientada pela exigência da unidade.

Essa a paisagem que se vislumbra na relação entre direito internacional e direito constitucional. As conexões e interpenetrações que têm sido estabelecidas entre esses dois ramos do direito, por conta de estarem ambos envolvidos com a fixação de regulação marcadamente essencial ao Estado, bem como o recrudescimento desses liames proporcionalmente à acentuação da sociodiversidade e da interdependência internacional, justificaram mesmo a fundação das idéias amalgamadas de Direito Constitucional Internacional e de Direito Internacional Constitucional, o primeiro englobando o conjunto das regras constitucionais que versam sobre as relações internacionais do Estado, sendo estas cada vez mais numerosas e significativas, e o segundo enaltecendo a consagração de uma consciência universal suficientemente vigorosa a ponto de gerar a necessidade estrutural de uma ordem jurídica fundamental correspondente.

Demonstradas, pois, a atualidade, as novidades e a relevância do estudo das relações entre o direito interno e o direito internacional, aspectos que justificam a delimitação do tema proposto.

287 Segundo CANOTILHO, “a constituição é ainda uma *ordem fundamental* noutro sentido: no sentido de constituir a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento”, de modo que, “neste sentido, a constituição aspira, como se viu, à natureza de *norma das normas*”. “pois é ela que fixa o valor, a força e a eficácia das restantes normas do ordenamento jurídico (das leis, **dos tratados**, dos regulamentos, das convenções colectivas de trabalho, etc.)”. CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 1423. O itálico é do original; o negrito é nosso.

288 CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 1429-1437.

Adverta-se, de logo, que o estudo ora encetado, segundo se depreende da demarcação, está limitado à investigação do regramento constitucional conferido aos tratados (direito internacional convencional ou particular) – principal fonte do direito internacional – e do relacionamento entre as normas internacionais convencionais e o direito interno, na perspectiva constitucional, não se encontrando no centro de nossas atenções as normas internacionais costumeiras ou gerais, enquanto aquelas que integram *per si* a ordem interna, para esta vertendo com liberdade.

Permeando nosso estudo está a intenção de demonstrar a relevância do papel que a Constituição assume quando se trata de orientar os relacionamentos entre direito interno e internacional, direção esta exigida pela atual sociedade de Estados díspares, sem que isso implique em alheamento quanto às questões de interesse comum da humanidade ou de comunidade mais ampla da qual o Estado participe.

No capítulo que segue esta introdução, reavivaremos as concepções monista e dualista, as principais formuladas com vistas a explicar o relacionamento entre o direito interno e o direito internacional. Destacaremos, outrossim, o decaimento dessas teorias e a sua substituição pela idéia de coordenação. Nesse contexto, apontaremos para a importância assumida pelo princípio da subsidiariedade, considerando como preceito diretivo fundamental do direito público contemporâneo, contextualizando-o pela consideração das idéias de compartilhamento regional e de preferência da norma mais favorável. Finalizando este capítulo, enumeraremos as principais questões relacionadas com a investigação das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional.

No segundo capítulo, analisaremos, com brevidade, o tratamento conferido ao direito internacional convencional nas Constituições brasileiras anteriores à de 1988. No campo do Direito Comparado, realçaremos as normas constitucionais de alguns outros Estados, no respeitante aos tratados e à sua relação com o direito interno, salientando, outrossim, pela importância, o regramento das relações entre o direito interno e o direito comunitário (ou direito internacional especial), face às exigências dos processos de integração regional. Teceremos, outrossim, algumas ponderações sobre a Convenção de Viena, que regulamentou internacionalmente os tratados, inclusive prevendo regra específica no tocante ao relacionamento entre as normas internas e internacionais.

No terceiro capítulo, estudaremos o tratamento atribuído pela Constituição Federal de 1988 aos tratados internacionais, de modo a abarcar os princípios que os irrigam, a formação dos instrumentos internacionais, sua inserção no ordenamento nacional, sua situação da hierarquia das normas, bem como os modos e a amplitude do controle que sobre eles pode ser exercitado. Serão, ainda, objeto de estudo particularizado, as normas constitucionais

atinentes especificamente aos tratados internacionais de direitos humanos, bem como as que se refletem na evolução regulatória dos processos de integração regional. Com essa análise poderemos nos posicionar acerca da existência ou não, no direito brasileiro, de um tratamento diferenciado para o direito internacional convencional humanitário e para o direito da integração.

O quarto capítulo consistirá na indentificação e na apreciação dos entendimentos dominantes no Supremo Tribunal Federal, acerca das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional em suas várias perspectivas.

À guisa de conclusão, discutiremos o papel equilibrador dos Textos Constitucionais, dentro da visão do “futuro da Constituição”²⁸⁹.

1. Concepções teóricas acerca da relação entre as ordens jurídicas interna e internacional.

O estudo das relações entre direito interno e internacional não pode prescindir da análise das concepções clássicas que se desenvolveram com vistas a explicar essa convivência, não obstante as novas nuances do tema e a pecha de obsoletismo que pesa contra tais teorias. Cuida-se de etapa de compreensão e aclaração, que funciona como baliza na demarcação do tema e dos problemas que lhe são correlatos. Além disso, para que se possa divisar a evolução na percepção desse tão decantado relacionamento, deve-se ter em conta as bases teóricas sobre as quais ele se sustentava no pretérito. Ressalte-se, contudo, de pronto, que serão consideradas apenas as concepções mais importantes, por mais aludidas – monismo, dualismo e suas variações –, desprezadas outras teorias de menor saliência.

1.1. Os posicionamentos clássicos: dualismo e monismo. Radicalismo e moderantismo.

Afirmam Fausto de QUADROS e André Gonçalves PEREIRA que “perante a existência de duas Ordens Jurídicas, a estadual e a internacional, ou se entende que as duas são independentes uma da outra e que cada uma delas precisa de ter normas específicas sobre a sua relação recíproca, ou se pensa, ao contrário, que o Direito constitui uma unidade, de que ambas são meras manifestações, ficando a validade das normas interna e internacional a resultar da mesma fonte a elas comum”²⁹⁰. Com essa asseveração, identificam os autores mencionados, as duas principais concepções concernentes ao relacionamento

289 Cf. MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA Filho, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 313-336.

290 QUADROS, Fausto de & PEREIRA, André Gonçalves. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed. rev.ampl. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1997, p. 82-83.

entre direito interno e internacional – dualismo e monismo, sendo que este subdivide-se em monismo com primazia de direito interno e monismo com prevalência de direito internacional.

Segundo o dualismo ou pluralismo, também denominado paralelismo²⁹¹, teoria desenvolvida principalmente por TRIEPEL (“*Volkerrecht und Landsrecht*”, 1899) e ANZILOTTI (“*Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*”, 1905), direito interno e direito internacional se constituíam em ordens jurídicas absolutamente distintas e separadas, tanto no tocante às suas fontes e aos seus limites, quanto no respeitante aos sujeitos que congregam. Enquanto o direito interno se caracterizaria por estar fundado na vontade do Estado e ter, por destinatários de suas normas (sujeitos de direito), os homens, seus nacionais, o direito internacional dirigir-se-ia aos Estados, e teria, na vontade comum destes, o seu fundamento. Outrossim, diferenciar-se-ia o direito interno do direito internacional, atribuindo-se ao primeiro a regência de relações de subordinação e, ao segundo, de relações de equivalência²⁹². De tais distinções resultaria que as normas jurídicas internas e internacionais vigeriam independentemente umas das outras, nos seus correspondentes sistemas, não tendo validade, contudo, no outro sistema (dualismo inflexível). Numa visão dualista mais moderada, admitir-se-ia que a norma internacional pudesse ser invocada e produzir efeitos na ordem interna, mas, nessa hipótese, ela deveria, necessariamente, passar por um processo de internalização, com a sua conversão em norma de direito doméstico. Assim, para valer no sistema jurídico interno, a norma internacional deixaria de ter essa natureza, na medida em que transformada em direito interno (teoria da incorporação). Por consequência, não haveria como se falar em conflito entre normas de direito interno e de direito internacional.

As principais críticas feitas a essa teoria são de que ela, anacronicamente, desconsideraria o indivíduo como sujeito do direito internacional, além de se mostrar incompatível com a rapidez e as inovações verificadas no desenvolvimento do direito internacional; bem como de que existiriam normas de direito internacional que obrigariam na ordem interna, independentemente de conversão. Para KELSEN, a visão pluralista é ilógica, na medida em que “o Direito internacional e o Direito nacional não podem ser sistemas de normas diferentes e mutuamente independentes se as normas de ambos os sistemas forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo”²⁹³.

291 Cf. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **Derecho Constitucional Internacional**. Trad. Lacambra, Luis Legaz y. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 35.

292 Cf. MELLO, Celso D de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1, p. 110.

293 KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Borges, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 516-517.

No monismo, por outro lado, haveria uma “unidade sistemática das normas de Direito internacional e das normas de Direito interno”, sendo que esses ordenamentos “são comunicáveis e inter-relacionáveis, um não pode ignorar o outro e tem de haver meios de relevância recíproca das respectivas fontes. A natureza profunda das normas é idêntica ou semelhante e, aliás, nada impede que normas desta ou daquela origem venham a reger as mesmas situações da vida, as mesmas relações, as mesmas matérias, o que obriga a estabelecer formas de articulação”²⁹⁴.

Consoante o monismo com primazia de direito interno, ou nacionalismo constitucional²⁹⁵, embasado nas idéias hegelianas de soberania absoluta do Estado, direito interno e internacional formariam um único sistema jurídico, no qual, contudo, o direito interno comandaria e validaria. Tanto que o direito internacional, de acordo com essa corrente, retiraria a sua validade do direito interno, nada mais representando do que manifestação deste na esfera externa. Foram defensores dessa concepção WENZEL, DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE e Georges BURDEAU.

Argumenta-se, contra essa tese, que ela esboroaria a noção de direito internacional, reduzindo a totalidade do sistema jurídico à noção de estatalidade, bem como que não se poderia desconsiderar que seria preceito fundamental da ordem jurídica a idéia de que o Estado não poderia alegar norma interna como impediendo ao cumprimento de suas obrigações na esfera internacional.

Por fim, nos termos do monismo com primazia de direito internacional ou internacionalismo²⁹⁶, considerado o pensamento mais condizente com o atual estágio de desenvolvimento das relações internacionais, o sistema jurídico seria uno, integrado pelo direito interno e pelo direito internacional, tendo este prevalência em face das leis internas. Assim, o direito internacional conferiria validade à ordem interna, não podendo esta ser contrária a ele. Assevera Kelsen, um dos defensores da concepção, que não existiria “nenhuma fronteira absoluta entre o Direito nacional e o Direito internacional”, e que a diferença entre eles seria meramente relativa, fundada no grau de centralização ou descentralização: “o direito nacional é uma ordem relativamente centralizada”, enquanto o direito internacional apresentaria “o mais elevado grau de descentralização encontrado no Direito positivo”²⁹⁷. Entente o filósofo citado que a ordem jurídica nacional é “uma ordem coercitiva relativamente centralizada cujas esferas de validade

294 MIRANDA, Jorge. **Direito Internacional Público I**. Aportamentos das aulas do 2º ano jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 214-215.

295 Cf. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **Derecho Constitucional Internacional**. Trad. Lacambra, Luis Legaz y. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 35.

296 Cf. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **Derecho Constitucional Internacional**. Trad. Lacambra, Luis Legaz y. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 35.

297 Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Borges, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 462-464.

territorial, pessoal e temporal, são determinadas pelo Direito internacional e cuja esfera de validade material é limitada apenas pelo Direito internacional”; mas, de igual modo, as ordens jurídicas nacionais são complementações necessárias do direito internacional, de sorte que “Direito internacional e Direito nacional formam um todo inseparável”²⁹⁸. Dito de outro modo, a ordem jurídica universal abrange as ordens jurídicas nacionais (locais) e ordem jurídica internacional (com suas normas gerais e particulares). Ademais, “a ordem jurídica internacional, por meio do princípio da eficácia, determina não apenas a esfera de validade, mas também o fundamento de validade das ordens jurídicas nacionais”, ou seja, “a norma fundamental da ordem jurídica internacional também é fundamento último de validade das ordens jurídicas nacionais”²⁹⁹.

No monismo mais inexorável, o direito internacional teria, inclusive, caráter supraconstitucional e, pois, *status* de norma fundadora do sistema jurídico; no monismo refrado, as normas constitucionais seriam reverenciadas, delas não se exigindo a concordância com o direito internacional. Nesse sentido, assevera, com a precisão de sempre, o professor Jorge MIRANDA: “Já numa linha mais mitigada, poderá dizer-se que a relação entre normas de Direito interno e normas de Direito internacional não se reconduz forçosamente a uma relação de validade; a desconformidade entre lei interna e tratado, por exemplo, não acarreta invalidade da lei, pode acarretar simplesmente ineficácia ou então a responsabilidade internacional dos Estados. Por outro lado, haverá sempre que discernir Direito ordinário e Direito constitucional: a Constituição do Estado não tem que ser conforme com o Direito internacional e, ao invés, é ela que regula o modo como as normas internacionais adquirem relevância ou são recebidas na ordem interna”³⁰⁰. Celso Albuquerque de MELLO destaca: “o conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um ‘processo’ de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior”³⁰¹.

298 Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Borges, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 499.

299 Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Borges, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 522-523. Segundo Kelsen, “a norma fundamental de Direito internacional, portanto, deve ser uma norma que aprova o costume como fato criador de normas e que poderia ser formulada da seguinte maneira: ‘Os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume’” (p. 525).

300 MIRANDA, Jorge. **Direito Internacional Público I**. Apontamentos das aulas do 2º ano jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 216-217.

301 MELLO, Celso D de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1, p. 112.

Contra as teorias internacionalistas recaem as alegações de que desconheciam a soberania do Estado, bem como a constatação, historicamente demonstrada, de que o direito internacional pressupõe a existência de Estados. Ademais, não se coadunariam com o fato de que a revogação das normas internas apenas se daria segundo o direito interno³⁰².

Sublinhe-se que dualistas e internacionalistas transitam em duas frentes – os moderados e os radicais –, consoante admitam um maior ou menor campo de ação aos legisladores de direito interno, no que, portanto, tendem a se aproximar, toldando mesmo a distinção, prejudicada em sua precisão.

Obviamente que, para todas as críticas apresentadas ao dualismo e ao monismo – nacionalista e internacionalista –, existem argumentações em sentidos opostos. De outro lado, também é fato incontestável a, cada vez mais expressiva, adesão à tese monista internacionalista, em razão do próprio desenvolvimento da normativa e das instituições internacionais. As questões que, contudo, se propõem dizem respeito à relevância dessas distinções e à utilidade da categorização dos Estados nesses três grandes grupos.

1.2. A infecundidade da noção de primazia e a emergência da tese da coordenação: o princípio da subsidiariedade.

Consolida-se o entendimento de que não é mais possível, nem suficiente, explicar o relacionamento entre as ordens jurídicas interna e internacional a partir das teses monistas e dualistas. A interdependência crescente entre os Estados, a intensificação das suas relações, o fortalecimento e a expansão das organizações internacionais, a ampliação e diversificação da normativa internacional, a admissão de temáticas universalizadoras com reflexos na demarcação da responsabilidade dos Estados diante da sociedade internacional da qual participa, são os fatores que mais contribuem para o reconhecimento da esterilidade das concepções clássicas, na medida em que permitem duas inferências: a) enquanto o monismo e o dualismo estão construídos em torno da identificação do que seja interno e do que seja internacional (componham eles ou não a mesma ordem jurídica), tendo por paradigma o Estado, verifica-se hoje um evidente cruzamento entre essas esferas, interpenetração tão acentuada e significativa que estaria gerando, consoante se afirma – embora não nos pareça totalmente acertado –, um espaço supranacional; b) enquanto, no monismo e no dualismo, a idéia que se enfatiza é a alternatividade excludente/modificante (ou direito interno, ou direito internacional), hodiernamente, progride o projeto de redirecionamento das discussões, para a coordenação complementar/participativa (direito interno e direito internacional).

302 Cf. MELLO, Celso D de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1, p. 112-113.

De fato, a interdependência entre os Estados implica no reconhecimento de campos de interesse que lhes passam a ser comuns e reciprocamente significantes. Essa comunhão de interesse, por consequência, demanda compartilhamento de atuação, e não emulação, entre os agentes envolvidos. A partilha do agir, por sua vez, associa-se à idéia de complementação, haja vista que uma determinada realidade pode não oferecer a resposta mais adequada para certo tipo de problema. Em acréscimo, parece-nos conveniente que nesse contato sejam também consideradas as discrepâncias e as necessidades específicas de cada Estado. Cuida-se, portanto, de uma operação tão complexa quanto o sistema em que ela é posta a funcionar, e que não se encerra nos estreitos limites da noção de primazia.

A preocupação dos estudiosos e dos aplicadores do direito, assim, deveria estar não em optar entre direito interno e direito internacional ou em apontar a primazia de um e de outro, mas sim em coordená-los, de sorte a que ou se promovesse um concerto entre as ordens jurídicas interna e internacional, por complementares, ou se definisse a prevalência, diante da insuficiência de uma das ordens, mas sempre em função da maior utilidade obtenível para o todo. Isso, porque não teria relevância prática a eleição da ordem jurídica prevalecente, se ambas poderiam e deveriam contribuir no alcance do escopo comum. A vantagem repousa, de outro modo, não na definição da ordem prioritária, mas sim no interligamento coerente e eficiente, através da divisão de obrigações, responsabilidades e benefícios (solidariedade).

É nessa contextura que exsurge o princípio da subsidiariedade³⁰³.

Segundo José Alfredo de Oliveira BARACHO, o conceito jurídico de subsidiariedade poderia ser mais adequadamente compreendido através da idéia de supletividade, sendo que esta, por seu turno, envolveria as noções de complementariedade e de suplementariedade. “A suplementariedade é o que se acrescenta, entende-se que ela representa a questão subsidiária, destinada suplementariamente a desempatar os concorrentes”, de modo que não haveria como associar a subsidiariedade à idéia de algo secundário, dado o seu caráter decisório (“designar o vencedor”). “A subsidiariedade implica, nesse aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si”, definindo qual dessas categorias se impõe numa dada realidade (alternatividade frente à dualidade de categorias aplicáveis). Por outro lado, a feição complementar, que é mais dilatada, repousa no reconhecimento de uma situação de pluralidade e diversidade de necessidades, no contexto de uma mesma estrutura, a exigirem

303 A análise do princípio da subsidiariedade será aqui feita, fundamentalmente, com base na obra do professor José Alfredo de Oliveira BARACHO, intitulada **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. também TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, e GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

respostas apropriadas, que resultarão, estas, do adicionamento congruente entre regimes possíveis (assistência). Afirmo o professor BARACHO: “de um lado está o poder público, cuja própria existência é um fato incontornável, qualquer que seja a teoria que pretenda explicá-lo. Do outro lado, estão as pessoas privadas que, em uma democracia, podem agir livremente, sob certas reservas, em todos os domínios. O Direito Público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o Direito Privado aparece como complementar um do outro”³⁰⁴. Tanto na suplementariedade, como na complementariedade, a idéia-base é a da coexistência coordenada.

Ainda segundo BARACHO, o princípio da subsidiariedade encontra antecedentes em Encíclicas da Igreja Católica, que reputava injusto “retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer”³⁰⁵. Sua relevância jurídica se deve ao fato de estar associado diretamente à organização social e política, ao reconhecimento de um pluralismo que é inato à sociedade, bem como à idéia de se conferir autonomia a coletividades menores, diante de comunidades maiores, com o conseqüente compartilhamento de atribuições (função descentralizadora). Diz-nos, o professor referido: “Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para *conter ou restringir a intervenção do Estado*. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade”. E segue: “A compreensão do princípio da subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio da subsidiariedade intui certa idéia de Estado, sendo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio da subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletividades. Através de sua aplicação, todas as conseqüências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ser reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio da subsidiariedade dá resposta precisa a todas

304 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 24-25.

305 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 26.

essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa a orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização”³⁰⁶.

Em síntese, o princípio da subsidiariedade aponta para a necessidade de repartição de poderes e atribuições, de sorte a que estes sejam distribuídos às coletividades, segundo a sua capacidade para exercitá-los, ou ainda, em virtude das especialidades atrativas consagradas pela coletividade.

No contexto do direito interno, é evidente a força influenciadora do princípio da subsidiariedade, podendo ser realçado, no caso brasileiro, tratar-se de princípio diretor da recente reforma administrativa, baseada na figura do Estado Subsidiário – ou Estado Mínimo, para alguns autores –, que resultou no afastamento do Estado-agente em relação àquelas atividades de índole eminentemente privada e que se transmudou, sobretudo, nos processos de privatização e na ênfase à parceria entre o público e o privado (repartição de poderes entre o Estado e a sociedade). Também norteia os projetos de reforma previdenciária (planos complementares da previdência pública, *exempli gratia*).

No âmbito internacional, o princípio da subsidiariedade deve ser considerado em face das finalidades e dos mecanismos de atuação que se conferem aos Estados, assim como dos tipos de relação que a sociedade internacional engendra. Assevera BARACHO: “Às federações e à sociedade internacional, (*communitas orbis*) aplica-se o princípio da subsidiariedade, objetivando a integração, sem reduzir as potencialidades dos entes circunjacentes”. E, em parágrafo seguinte: “O princípio da subsidiariedade leva-nos a considerar a coexistência de fins inferiores e superiores, através de suas coexistências”³⁰⁷. Depreende-se que o estatocentrismo ou estatalismo arraigado obscurece o princípio da subsidiariedade, na medida em que nega ou limita substancialmente o agir de outros atores sociais não-estatais. Por outro lado, o internacionalismo, embora pressupondo a existência de Estados, identifica-os enquanto um dos elementos integrantes de uma realidade mais abrangente, denominada sociedade internacional, sociedade esta que pretende seja transformada em uma comunidade internacional. Trata-se, assim, de um projeto de convivência, pelo reconhecimento – repita-se – do pluralismo social.

Com já mencionado em linhas anteriores, tem-se visto uma evolução expressiva das relações internacionais, resultado sobretudo da interdependência entre os Estados. Consequentemente, surge a necessidade de composição de forças. “Para o novo internacionalismo propõe-se, também, a construção da sociedade internacional com os princípios configuradores

306 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 26 e 30.

307 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34.

de subsidiariedade. Assenta-se, essa compreensão, no fato de que além dos governos e nações, surgem na vida da humanidade necessidades que não podem ser apenas consideradas isoladamente pelos Estados, desde que é necessária a *coordenação de esforços*³⁰⁸. Mas essa coordenação deve ser feita de forma equilibrada e tolerante em relação à capacidade e às condições dos grupos menores (heterogeneidade), de sorte que, em sendo eventualmente consolidada a comunidade mundial, ou o Estado Único, este não se converta em opressor das comunidades menores nele abrangidas. “As propostas de um mundo homogeneizado, do Estado-nação ou do Estado Federal, não podem assentar categorias institucionalizadas, esquecendo-se das comunidades menores. A organização temporal da sociedade e do mundo parte da proclamação da igualdade essencial dos homens, favorecedora da comunicação fraternal entre os seres humanos, através de políticas conciliatórias entre as nações, o Estado e as comunidades inferiores ou primárias, no que diz respeito às suas origens. O princípio de subsidiariedade, na ordem internacional ou na ordem interna de cada Estado, toma como pressuposto essencial a consideração das entidades menores. A licitude do supergoverno mundial depende da obediência ao princípio da subsidiariedade. (...). **A convivência das estruturas nacionais, com a supranacional é vista através do respeito ao princípio da subsidiariedade. O supergoverno mundial seria legitimado pelo cumprimento do princípio de subsidiariedade, respeitando o que, por sua própria conta, façam ou possam fazer os Estados**”³⁰⁹.

O princípio da subsidiariedade, assim, está embutido em todos os projetos de integração regional. Está no Tratado de *Maastricht* (União Européia). Inspirou o tratado de formação do MERCOSUL. “Os estados-membros confiam às instituições comuns, nos termos do princípio da subsidiariedade, as competências necessárias para manter as tarefas que podem realizar, de maneira mais satisfatória do que os estados isoladamente”³¹⁰.

Demais disso, o princípio da subsidiariedade também se materializa e tem particular relevância no contexto dos instrumentos de proteção dos direitos humanos. Sublinhe-se, nesse tocante, a regra da “aplicação da norma mais favorável”, na qual está pressuposto um alto grau de coordenação entre o direito nacional dos Estados e o direito internacional, com vistas à perfectibilização, em nível ótimo, do objetivo pretendido (resguardo dos direitos de humanidade). Destarte, independentemente de se tratar de direito interno ou de direito internacional, ou de serem eles conflitantes, deve ser aplicada a norma que expresse o maior nível de favorecimento dos direitos

308 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

309 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35-36. Negritos que não estão no original.

310 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 72.

humanos. A necessidade de coordenação é apontada por Antônio Augusto Cançado TRINDADE: “O gradual reconhecimento pelos Estados da natureza *subsidiária* dos procedimentos internacionais de solução de supostas violações de direitos humanos contribuiu consideravelmente para tornar possível o progresso nesta área”³¹¹. E, páginas depois: “Para a superação dos velhos e infundados temores contribuiu decisivamente a consciência da necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional, e de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. Voltadas a este propósito encontram-se, e.g.: (...) a consagração do princípio do prévio esgotamento dos recursos de direito interno nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, a evidenciar a responsabilidade *primária* de proteção dos órgãos internos ou nacionais e o caráter *subsidiário* dos procedimentos internacionais, e a insistir na proteção local (função primordial dos órgãos internos dos Estados) como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos (...)”³¹².

Desloca-se, em suma, o foco de interesse: das discussões teóricas acerca da primazia, aos efeitos de ordem prática decorrentes da coordenação. Contra essa transição pesa a alegação de que a pretendida colaboração resta comprometida pelas disparidades entre os Estados, concentrando, alguns poucos, o efetivo poder de direcionamento das relações internacionais, segundo os objetivos que eles próprios traçam e que, de regra, não são representativos das necessidades da maioria.

1.3. As problemáticas envolvidas no entorno.

Quando se trata de estudar o direito internacional convencional e suas relações com a ordem jurídica interna dos Estados, duas questões ganham vulto – ao lado das anteriormente desenvolvidas:

- a) os mecanismos exercitados para permitir a aplicação das normas internacionais convencionais, internamente nos Estados;
- b) a hierarquia assumida pelos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno dos Estados.

2. O Direito Internacional Convencional nas Constituições brasileiras, segundo a experiência constitucional de outros Estados e na perspectiva da sociedade internacional.

311 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 05.

312 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 14.

Imprescindível, frente aos objetivos propostos nesta monografia, e especificamente para atestar o rumo evolutivo do tratamento conferido às relações entre o direito interno e os tratados internacionais, a análise da nossa experiência constitucional e da de outros Estados, considerando-se, inclusive, os impactos acarretados pela necessidade de adequação aos processos de integração regional. Impõe-se, demais disso, realçar o posicionamento da sociedade internacional, através das suas normas e instituições.

2.1. Breve esboço descritivo e evolutivo: as Constituições brasileiras anteriores à de 1988.

A história constitucional brasileira, em relação ao Direito Internacional Convencional, registra:

Constituição de 1824³¹³:

Art. 1º O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles foram uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união ou federação, que se oponha à sua independência.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principais atribuições:

[...]

VIII – Fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva de subsídio e comércio, levando-os depois de concluídos ao conhecimento da Assembléia Geral, quando o interesse e segurança do Estado o permitirem. Se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de território do Império, ou de possessões, a que o Império tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido aprovados pela Assembléia Geral.

Art. 142. Os conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração; principalmente sobre as declarações de guerra, ajuste de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se proponha exercer

313 Texto extraído de NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituição de 1824**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 1).

qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador indicadas no art. 101, à exceção da VI.

Constituição de 1891³¹⁴:

Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[...]

11. Autorizar o governo a declarar a guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e fazer a paz;

12. Resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras.

Art. 48. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

16. Entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados celebrarem na conformidade do art. 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso.

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

Art. 60. Compete aos juízes ou Tribunais Federais processar e julgar:

[...]

f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras Nações;

314 Texto extraído de BALEEIRO, Aliomar. **A Constituição de 1891**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 2).

Art. 88. Os Estados Unidos do Brasil em caso algum se empenharão em guerras de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação.

Constituição de 1934³¹⁵:

Art. 4º O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação.

Art. 5º Compete privativamente à União:

I – manter relações com os Estados estrangeiros, nomear os membros do corpo diplomático e consular e celebrar tratados e convenções internacionais;

Art. 40. É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;

Art. 56. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

6) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;

Art. 76. À Corte Suprema compete:

[...]

2) julgar:

III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

Art. 81. Aos juizes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

315 Texto extraído de POLETTI, Ronaldo. **A Constituição de 1934**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 3).

[...]

f) as causas movidas com fundamento em contrato ou tratado do Brasil com outras nações;

Art. 91. Compete ao Senado Federal:

I – colaborar com a Câmara do Deputados na elaboração de lei sobre:

[...]

f) tratados e convenções com as nações estrangeiras;

Art. 114. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

Constituição de 1937³¹⁶:

Art. 15. Compete privativamente à União:

I – manter relações com Estados estrangeiros, nomear os membros do Corpo Diplomático e Consular, celebrar tratados e convenções internacionais;

Art. 54. Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre:

a) tratados e convenções internacionais;

Art. 74. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

d) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;

[...]

n) determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados e convenções internacionais, se a isto o aconselharem os interesses dos países.

316 Texto extraído de PORTO, Walter Costa. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 4).

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III – Julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância:

a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;

Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

Constituição de 1946³¹⁷:

Art. 4º O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução dos conflitos regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso algum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado.

Art. 5º Compete à União:

I – manter relações com os Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções;

Art. 66. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República;

Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

317 Texto extraído de BALEEIRO, Aliomar. **A Constituição de 1946**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 5).

VII – celebrar tratados e convenções internacionais ad referendum do Congresso Nacional;

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:

a)... quando a decisão foi contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal;

Art. 144. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos ou garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Constituição de 1967/Emenda Constitucional de 1969³¹⁸:

Art. 7º Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

Parágrafo único. É vedada a guerra de conquista.

Art. 8º Compete à União:

I – manter relações com Estados estrangeiros e com eles celebrar tratados e convenções; participar de organizações internacionais;

Art. 44. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República;

Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

318 Texto extraído de CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição de 1967**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 6).

X – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional;

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Art. 153. [...]

§ 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Inspirada no modelo inglês, que considerava constitucional apenas as matérias relativas aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1824 – a mais duradoura de todas e a primeira outorgada – fixou, como princípio dirigente das relações exteriores do Brasil, a independência nacional, a teor do art. 1º, da referida Constituição do Império, de modo a não admitir qualquer laço de subserviência. Acerca da processualística dos tratados, prevista no Texto Constitucional, observa-se que, tirante os casos de cessão ou troca de território, a Assembléia Geral não tinha poder para aprovar ou rejeitar tratados feitos pelo Imperador através dos seus Ministros, devendo ser apenas dado conhecimento à Assembléia quando o interesse e a segurança do Estado o permitissem. Prevvia-se, contudo, a ouvida do Conselho, quanto às “negociações com as nações estrangeiras”. Antônio Paulo Cachapuz de MEDEIROS, citando José Carlos RODRIGUES aponta para o fato do art. 102, VIII, trazer uma classificação *ratione materiae* dos tratados (embora a aplicação do dispositivo não estivesse limitada às espécies ali previstas) – “tratados de aliança ofensiva ou defensiva são pactos entre Estados para reciprocamente se defenderem contra agressões de um terceiro Estado, ou para conjuntamente o atacarem; tratados de amizade são aqueles em virtude dos quais se assegura tanto o exato cumprimento de todas as obrigações perfeitas, como também são elevados à altura de obrigações perfeitas os deveres impostos pelo Direito Natural e pela Moral; tratados de subsídios são aqueles em virtude dos quais um Estado convencionou com outro dar-lhe, no caso em que venha a achar-se em guerra, um auxílio limitado em quantidade e em qualidade; tratados de comércio versam

muitas vezes sobre a exportação ou importação de mercadorias, pois qualquer nação pode obrigar-se a receber de outras certas mercadorias, ou estipular que outra nação recebrá certos produtos seus”³¹⁹.

Acerca do controle de constitucionalidade dos tratados à época, Cachapuz de MEDEIROS lembra a inconformação do Parlamento em relação ao Tratado de Paz, Amizade e Aliança (1825), firmado com Portugal, em virtude da independência, bem como o posicionamento dos parlamentares no tocante ao tratado com a Inglaterra que abolia o tráfico de escravos. Quanto ao primeiro, arguiu-se a inconstitucionalidade em virtude de se pretender dar cumprimento ao Tratado “antes do voto dos créditos pelo Parlamento”; quanto ao segundo, suscitou-se a inconstitucionalidade com fundamento na impossibilidade de ratificação de tratados revogando leis vigentes: “Tratado com estrangeiro é contrato político de matéria lícita, e esta se encontra nas leis existentes. Se lhes for contrário, só mediante anuência legislativa se poderia realizar”³²⁰. A “corrente anti-tratados” do Parlamento, assim, pregava: “1) prudência, desconfiança e distância das nações européias, cujos tratados com o Brasil eram *acordos de lobo com cordeiro*, pois não almejavam o desenvolvimento brasileiro e exploravam a seu favor os princípios de igualdade e de reciprocidade; 2) aproximação com o continente americano, cujas nações comungavam interesses idênticos e se apresentavam a um nível de igualdade concreta”³²¹. Apenas com Lei de 1831, a Assembléia passou a ter o poder de aprovar os tratados.

A nossa primeira Constituição republicana – a de 1891 –, influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, “voltou-se, fundamentalmente, para o âmbito das relações internas entre as esferas e os poderes da federação, colocando-se em plano secundário a preocupação com a explicitação de princípios norteadores da presença do País na comunidade internacional”³²². Entretanto, ainda que de forma tímida, a Constituição de 1891 trouxe, no tocante às relações internacionais, dois princípios basilares: o da proibição de guerras de conquista e o da predileção pela solução pacífica das divergências entre Estados, este na sua forma embrionária de recurso ao arbitramento internacional. Quanto aos tratados, o Legislativo teve garantida a competência privativa para resolver definitivamente sobre os tratados e convenções internacionais firmados pelo Presidente da República.

319 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 87.

320 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 90.

321 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 91.

322 DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33.

A Constituição de 1934, por seu turno, foi inspirada na Constituição de Weimar, de 1919, e na Constituição espanhola, de 1931. Nela se observa a influência da social-democracia e o papel ampliado conferido ao Estado. Diz-se que o seu anteprojeto, construído pela “Comissão do Itamaraty”, foi muito mais inovador, e mesmo revolucionário, se comparado com o próprio Texto Constitucional ao final aprovado. No tocante à relação entre direito interno e direito internacional, havia, inclusive, no anteprojeto, previsão no sentido de que as normas de direito internacional universalmente aceitas integrariam a legislação brasileira³²³. No art. 4º, da Constituição de 1934, figuram como princípios de regência das relações internacionais os mesmos fixados pela Constituição de 1891 – vedação da guerra de conquista e recurso prévio à arbitragem. A diferença entre as duas Cartas Fundamentais resulta da localização tópica dos mencionados princípios – na Carta de 1891, no Título das Disposições Gerais e no Capítulo das Atribuições do Congresso; na Carta de 1934, no Título da Organização Federal/Capítulo das Disposições Preliminares –, de sorte que na Constituição de 1934 eles passam a ser compreendidos como princípios constitucionais fundamentais³²⁴.

A Constituição seguinte – de 1937 –, a segunda outorgada e considerada, por muitos, um texto contaminado pela ideologia fascista, inspirou-se, segundo comumente se afirma, na Constituição polonesa de 1935, especialmente no que concerne à posição sobranceira conferida ao Poder Executivo. Particularmente no respeitante ao direito dos tratados, a supremacia conferida ao Poder Executivo, pela Carta de 1937, é confirmada pela atribuição, a ele, de competência privativa para determinar a execução provisória (ou seja, sem a correspondente aprovação do Poder Legislativo) dos tratados e convenções internacionais, por ele celebrados, se os “interesses do país” assim o aconselhassem (art. 74, *n*). Além disso, o espírito belicoso que norteava as políticas interna e internacional à época gerou a exclusão, do Texto Constitucional de 1937, dos princípios consagrados nas Cartas de 1891 e 1934 (vedação da guerra de conquista e recurso à solução dialogada). Por outro lado, Pedro DALLARI ressalta que a Constituição de 1937 admitiu a aquisição de novos territórios pelo país (art. 4º), e “sendo omissa na afirmação de restrições vigorosas à opção da guerra, deixa margem à avaliação possível de que o Governo da época, responsável pela outorga do texto constitucional, não estaria insensível à perspectiva de um envolvimento do Brasil no conflito bélico mundial que se avizinhava, o qual, eventualmente, poderia até mesmo redundar no prolongamento do território nacional sobre áreas limítrofes”³²⁵.

323 Cf. POLETTI, Ronaldo. **A Constituição de 1934**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 24-25 (Constituições Brasileiras, v. 3).

324 Cf. DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 39-40.

325 DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 45-46.

Em relação à Carta Política de 1946, inspirada na Constituição dos Estados Unidos e nas Constituições brasileiras de 1891 e 1934, é de se dizer que retornaram o princípio da proibição da guerra de conquista e o da necessidade de se buscar meios pacíficos para a resolução das controvérsias. O diferencial ficou por conta da previsão não apenas da arbitragem, mas também de outros meios regulados por organismos internacionais, numa clara ampliação da sensibilidade da ordem interna aos eflúvios da ordem internacional.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, mantiveram os princípios atinentes às relações internacionais consagrados na Carta Política de 1946, e, especialmente, no tocante à solução dos conflitos internacionais, realçaram a idéia de “cooperação” com os organismos internacionais.

A partir da Constituição de 1891 se previu, expressamente, a necessidade de manifestação do Poder Legislativo acerca dos tratados e convenções firmados pelo Presidente da República. De outro lado, ao Supremo Tribunal Federal sempre foi conferida, pelas Constituições, a oportunidade de se pronunciar sobre decisões contrárias às disposições de tratado. A Constituição de 1967/69 diferenciou-se das demais, na medida em que se referiu à competência do STF para julgar, em recurso extraordinário, as decisões recorridas que negassem vigência de tratado, bem como as que declarassem a inconstitucionalidade da norma internacional convencional. Em nenhuma de nossas Constituições fixou-se regra específica acerca de eventual conflito entre normas de direito interno e de direito internacional, não obstante os anteprojetos da Constituição de 1934 e da atual Carta de 1988.

Frise-se que, diante de todas as nossas Constituições, ausente previsão textual expressa em sentido diverso (inclusive na de 1988, na versão original), sempre houve uma tendência no sentido de se considerar que as normas internacionais convencionais se situariam, hierarquicamente, abaixo dos Textos Fundamentais. Outrossim, dos artigos das Constituições, no particular os atinentes à competência do STF, sempre se vislumbrou a equiparação dos tratados às leis federais infraconstitucionais. Com a Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, restou confirmado tal raciocínio, considerada a regra encartada no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que permite a recepção de tratado internacional como emenda constitucional, desde que cumpridos requisitos específicos próprios do processo legislativo de emendas constitucionais. A par disso importa destacar a referência sempre feita pela doutrina à existência de acórdãos do Pretório Excelso (a exemplo da Apelação Cível 9.587/DF: “Tratado internacional. Sua força quanto às leis que regulam os casos nele estabelecidos. Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode

ser revogado. Imposto. Como deve ser cobrado”³²⁶), nos quais se reconhecia a primazia do direito internacional sobre o direito interno.

2.2. O Direito Comparado.

Inicialmente, é importante destacar que as ordens jurídicas selecionadas para serem aqui analisadas, foram-no em virtude da sua importância nas discussões atinentes à relação entre direito interno e direito internacional convencional, especialmente frente ao escopo de cotejo com a ordem jurídica brasileira. Ademais, o estudo almejado levou em consideração não apenas as relações entre o direito interno e o direito internacional convencional clássico, mas também entre o direito interno e o direito internacional convencional especial (comunitário ou da integração), sendo este, já de muito, uma realidade indesenraizável da história dos Estados europeus e que apenas recentemente passou a ter maior relevância para nós, com o MERCOSUL.

Convém realçar que, por óbvio, um projeto de integração regional, construído em torno da necessidade de aproximação entre os Estados, pelo incremento de suas relações, pressupõe maior grau de tolerabilidade e de compatibilidade entre as ordens jurídicas envolvidas, de modo que se mostram evidentes os esforços dos Estados, no sentido de promoverem essa abertura das ordens internas às normas externas, mas de forma compatível com os preceitos que consideram fundamentais à sua unidade.

O ordenamento jurídico francês consagrou o princípio da prevalência dos tratados sobre a lei interna (supralegalidade), a teor do art. 55, da Constituição: “Les traites ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l’autre partie”. Nos termos do dispositivo transcrito, a prevalência está condicionada à regra da reciprocidade, regra esta não exigida, contudo, quando se trata de normas internacionais humanitárias, tendo em conta mesmo o interesse que protegem (do indivíduo e não do Estado).

Frise-se que, na França, os tratados se situam, hierarquicamente, abaixo da Constituição, estando sujeitos a controle de constitucionalidade concentrado (Conseil Constitutionnel) e preventivo. O art. 54, da Constituição francesa, estabelece que se “le Conseil Constitutionnel a déclaré qu’un engagement international comport(ait) une clause contraire à la Constitution, l’autorization de le ratifier ou de l’approuver ne (pourrait) intervenir qu’après la révision de la

326 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível nº 9587/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Lafayette de Andrada, Brasília, DF, 21 ago. 1951. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 out. 1951. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=9587&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

Constitution”. Analisando este artigo, Dominique CARREAU, em favor da tese internacionalista, assevera que se deve fugir de uma interpretação equivocada do dispositivo: “En effet, d’après cet article 54, le Conseil Constitutionnel n’a pas pour mission de sanctionner la validité d’un traité international, de le qualifier d’anti-constitutionnel, et donc de le rejeter. Une telle solution serait tout à fait contraire au principe de la supériorité du droit international. Autrement dit, l’idée qu’il puisse y avoir un traité inconstitutionnel est une impossibilité, une absurdité juridique. Tout simplement, en l’espèce, le rôle du Conseil Constitutionnel est double: il s’agit, d’une part, de signaler l’existence d’un conflit entre le traité et la Constitution; et, d’autre part, d’en tirer la conséquence en cas de contrariété dûment constatée, à savoir la révision préalable de la Constitution de 1958 en vue de l’adapter au droit international”³²⁷. Segundo lembra Pablo Pérez TREMPs, a França – assim como a Alemanha e Portugal – reformou alguns pontos de sua Constituição, para garantir o seu ingresso na União Européia³²⁸.

Na Espanha, a regra é também a suprallegalidade dos tratados (art. 96.1, da Constituição de 1978: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las generales del Derecho Internacional”), bem como a sua posição infraconstitucional. Merece menção o art. 10, item 2, da referida Constituição, que estabelece que “as normas relativas a direitos fundamentais e as liberdades públicas, desde que reconhecidas pelo próprio texto constitucional, deverão ser interpretadas em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”³²⁹. Observe-se, quanto a este dispositivo, que não se conferiu, propriamente, aos tratados de direitos humanos, supremacia ou equiparação em relação à Constituição, apenas se lhes garantiu a condição paradigmática no exercício da função interpretativa de normas específicas. Nesse sentido, realça Alexandre de MORAES: “Trata-se de direcionamento interpretativo, pois em seu [da Constituição] art. 95 continua a consagrar a supremacia das normas constitucionais, ao afirmar que a celebração de um tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá prévia revisão constitucional”³³⁰.

327 CARREAU, Dominique. **Droit International**. 2ª ed. Paris: Pedone, 1988. p. 477.

328 Cf. TREMPs, Pablo Pérez. **Constitución Española y Comunidad Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 77.

329 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 451.

330 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 452. O autor cita pronunciamento do Tribunal Constitucional espanhol: “uma coisa é

De outro lado, dispõe o art. 93, da Constituição Espanhola: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados internacionales por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. Nota TREMPs que, nos moldes do art. 93, o poder de integração é um poder constituído e, conseqüentemente, um poder submetido à Norma Fundamental, como lei suprema (art. 91)³³¹.

Em Portugal, de igual modo, os tratados se caracterizam pela supralegalidade, mas pela infraconstitucionalidade. Dada a clareza de expressão, impõe-se a citação literal de CANOTILHO: “Relativamente às relações entre as normas de direito internacional e normas constitucionais, deve considerar-se (na falta de disposição constitucional expressa em sentido contrário), existir uma superioridade hierárquico-normativa das normas constitucionais sobre as normas internacionais (princípio da natureza infraconstitucional dos preceitos de direito internacional). Esta conclusão deverá ser, hoje, temperada pela radiação de um *jus cogens* internacional cuja observância se impõe como dever imperativo dos Estados”. E continua: “Em relação ao esquema referencial entre as normas de direito interno de valor legislativo e as normas de direito internacional, a generalidade da doutrina tem-se inclinado no sentido de interpretar o art. 8º da lei fundamental a favor da prevalência do direito internacional, tanto sobre o direito interno anterior como sobre o direito interno posterior, embora seja discutivo o fundamento e o preciso alcance dessa prevalência”. Quanto ao direito comunitário, sublinha o constitucionalista: “a hierarquia e o **valor do direito comunitário** perante o direito interno dos estados membros da União Européia continua um problema em aberto. Continua em aberto porque faltam regras expressas sobre conflitos de normas e porque é problemática a resposta à questão de saber se e em que medida a ordem jurídica interna e a ordem jurídica comunitária são ordens jurídicas autónomas e equi-ordenadas. A partir de várias normas constitucionais como as referentes à cláusula européia (art. 7º/5), à cláusula de integração européia (art. 7º/6), à vigência directa da ordem jurídica interna de normas emanadas de órgãos competentes de organizações internacionais (art. 8º/3), à forma de transposição de directivas comunitárias (art. 112º/9), a doutrina e a jurisprudência destilaram alguns princípios de orientação. [...] ... o **princípio da integração** [...] e o **princípio da capacidade funcional** da Comunidade apontam para a preferência de aplicação do direito europeu em relação ao direito interno dos Estados membros”³³². Se a primazia do direito

dizer que os Tratados internacionais a que se referem o texto devam orientar a interpretação dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais, outra muito distinta é erigir as normas internacionais em normas fundamentais, que possam sustentar exclusivamente uma pretensão de amparo, afirmação esta última que levaria à vulneração do art. 53.2, pois fora de nossa Constituição *não há de admitir-se a existência de norma fundamental alguma* (STC 84/1989, FJ 5º [...]” (p. 457).

331 Cf. TREMPs, Pablo Pérez. **Constitución Española y Comunidad Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 65.

332 CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 689-690.

comunitário em relação ao direito interno infraconstitucional se mostra clara, o que mesmo não se pode concluir quando se observa a relação entre o direito comunitário e o direito constitucional português. Mais uma vez CANOTILHO elucida: “A necessidade de uma revisão extraordinária (L 1/92) para possibilitar a ratificação do tratado de Maastricht teria demonstrado que as normas comunitárias devem estar em conformidade com as normas constitucionais”³³³. O próprio CANOTILHO, contudo, põe em dúvida esse argumento, concebendo um “efeito constituinte” dos tratados da União Europeia: “tratar-se-á sempre de aplicação preferente mas não de preeminência quanto à validade. Os preceitos constitucionais internos incompatíveis com as normas comunitárias não são nulos ou anuláveis, mas apenas inaplicáveis no caso concreto. Em segundo lugar, as normas europeias não poderão transportar ‘revoluções internas’ a ponto de subverter os princípios constitucionais materialmente irreversíveis”³³⁴.

O Reino Unido, de outro lado, originariamente, consagrou a paridade entre os tratados e as leis infraconstitucionais, posicionamento que se justifica pela ideia de “soberania do Parlamento”, fundamento do constitucionalismo britânico. Entretanto, em virtude do seu ingresso na Comunidade Europeia, o Reino Unido teve que atribuir uma “interpretação conformadora” à noção de supremacia do Parlamento³³⁵. HARTLEY explicita: “The European Communities Act 1972 was passed by Parliament to make provision for Britain’s membership of the Community. An Act of Parliament was necessary for a number of purposes, but above all to make Community law applicable in the national legal system: without the European Communities Act, the Community Treaties and Community legislation – though binding on the United Kingdom at the international level – would have been of no effect internally. This was made clear by Lord Denning M R in the following dictum from *McWhirter v. Attorney-General*, a case decided before the Act had been passed: ‘Even though the Treaty of Rome has been signed, it has no effect, so far as these Courts are concerned, until it is made an Act Of Parliament. Once it is implemented by an Act of Parliament, these Courts must go by the Act of Parliament’”³³⁶. Se o direito comunitário foi considerado vigente por um ato do Parlamento, por outro lado, o próprio Parlamento já se manifestou (caso *Macarthy Ltd v. Smith*)

333 CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 820.

334 CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 820-821.

335 Cf. CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Os Tratados Frente ao Direito Nacional – Considerações. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária/UFPE, 1994, v. LXXVI, p. 331.

336 HARTLEY, T C. **The Foundations of European Community Law**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 236.

no sentido de que a prioridade ao direito comunitário se mantém até que, em algum momento, o Parlamento venha a repudiá-lo³³⁷.

Quanto à Alemanha, vigem os arts. 24 e 25: “Art. 24 (1) A Federação pode transferir direitos de soberania para organizações supranacionais. (2) Com fim de manter a paz a Federação pode aderir a um sistema de segurança coletiva recíproca; aceitará restrições dos seus direitos de soberania que promovem e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo. (3) Para solucionar litígios internacionais, a Federação aderirá a acordos de âmbito geral, amplo, obrigatório, internacional”; “Art. 25 As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepoem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal”. Alexandre de MORAES observa que, a despeito da regra de abertura do art. 24, da Constituição da Alemanha – consistente no “transferir direitos de soberania para organizações supranacionais, garantindo, assim, nessas hipóteses, maior hierarquia na recepção dos tratados internacionais” – as normas internacionais convencionais são situadas no patamar infraconstitucional, o que se apreende do art. 79, da Carta Política, que exige *quorum* de reforma constitucional para que o tratado adquira *status* de norma constitucional.³³⁸ Gomes CANOTILHO observou essa tensão, no tocante à relação entre direito interno e direito comunitário. Analisando a possibilidade de um “direito constitucional europeu”, bem como a persistência da “estadualidade constitucional”, destacou que o Tribunal Constitucional Alemão considerou, “na sentença relativa ao Tratado de Maastricht (12 de Outubro de 1993), que os Estados continuam ‘donos do tratado’”³³⁹. É assente na Alemanha que a aplicação do direito comunitário é limitada pela Constituição, quanto aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais.

Da realidade dos Estados europeus se apreende, em síntese, que existem dois ordenamentos jurídicos com aplicação simultânea no mesmo território, um estatal e outro supra-estatal, bem como que se deve garantir primazia ao direito comunitário. Contudo, essa prevalência deve ser afastada em havendo colisão das normas comunitárias com valores fundamentais da Constituição, hipótese em que esta prevalece.

A regra da paridade entre tratado e lei interna também foi agasalhada pelos Estados Unidos. Afirma Dominique CARREAU: “La Constitution de nombreux pays allait se situer dans cette tradition. C’est ainsi, par exemple, que la Constitution américaine dans son célèbre article VI affirme que ‘tous

337 Cf. HARTLEY, T C. **The Foundations of European Community Law**. 2a ed. Oxford: Claredon Press, 1990, p. 243.

338 Cf. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 452.

339 CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 235-236.

les traités faits sous l'autorité des Etats-Unis constitueront la loi suprême du pays (shall be the supreme law of the land...) et seront obligatoires pour tous les juges dans chaque Etat et cela nonobstant les dispositions contraires insérées dans la Constitution ou les lois de l'un quelconque des Etats...'. Cette 'clause de suprématie' a toujours été interprétée par les tribunaux américains comme signifiant que le droit international possédait la même autorité que le lois fédérales et qu'il ne l'emportait que sur la législation antérieure; autrement dit, une loi fédérale postérieure peut théoriquement fort bien l'emporter sur un traité antérieur régulièrement conclu sous l'autorité des Etats-Unis"³⁴⁰.

No que concerne aos Estados que compõem o MERCOSUL³⁴¹, os regimes de tratamento das normas convencionais internacionais divergem³⁴².

Na Argentina, os tratados, de regra, prevalecem às leis federais (art. 75, inc. 22: "os tratados e os acordos possuem hierarquia superior às leis"), não sendo admitidos, contudo, se agredirem a Lei Fundamental, cuja supremacia é apregoada. A preeminência da Constituição não é afastada nem mesmo quando se trata de tratados de direitos humanos. Nessa direção, aponta Alexandre de MORAES: "Assim, após a Reforma de 1994, a Constituição da Nação Argentina incorporou em seu texto vários tratados referentes a direitos humanos, e passou a permitir a possibilidade de incorporação, com *status* constitucional, de outros tratados que versem sobre direitos humanos, **desde que** sua ratificação pelo Poder Legislativo seja realizada por *quorum* idêntico ao destinado a Emendas Constitucionais"³⁴³.

Em se cuidando do direito da integração, é de se destacar o teor do art. 75, inc. 24, da Constituição Argentina, que permite ao Estado "aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações

340 CARREAU, Dominique. **Droit International**. 2ª ed. Paris: Pedone, 1988, p. 60-61.

341 O sistema brasileiro será analisado no capítulo seguinte.

342 V. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Direito Constitucional do Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Também BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **O Processo de Integração do Mercosul e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas. Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997.

343 MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 451. Negritos que não estão no original. O mencionado autor destaca, páginas depois: "O art. 75, item 22 da Constituição da Nação Argentina, após afirmar competir ao Congresso aprovar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais, incorpora em seu próprio texto uma série de declarações de direitos fundamentais, afirmando que os tratados 'em suas condições de vigência têm hierarquia constitucional, não derogando, porém, qualquer artigo da primeira parte da Constituição (*Parte primeira – Declaraciones, derechos y garantías*) e devendo entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos'. Conferir, ainda: Constituição da Nação Argentina: Art. 75, item 22 – 'Hierarquia constitucional – Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, devidamente aprovados pelo Congresso, requerem o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozarem de hierarquia constitucional'. Note-se que, para que houvesse possibilidade de aplicação dessa mesma hipótese no Brasil, haveria necessidade de a Constituição Federal prever a incorporação dos tratados pelo Congresso Nacional, por 3/5 em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, nos termos do seu art. 60, que prevê as emendas à Constituição" (p. 457).

supra-estatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em consequência possuem hierarquia superior às leis”.

A posição paraguaia não destoa da argentina. Dispõe o art. 145, da Constituição do Paraguai: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural. Ditas decisões somente poderão ser tomadas pela maioria absoluta de cada Câmara do Congresso”. Por sua vez, determinam os arts. 141 e 137: “Art. 141. Os tratados internacionais validamente celebrados, aprovados por lei do Congresso, e cujos instrumentos de ratificação foram trocados ou depositados, formam parte do ordenamento legal interno com a hierarquia que determina o art. 137”; “Art. 137. A Lei Suprema da República é a Constituição. Esta, os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis ditadas pelo Congresso e ... integram o direito positivo nacional na ordem de preferência enunciada”.

No Uruguai, como no Brasil, não foi definida regra a ser aplicada na hipótese de colisão entre o direito interno e o direito internacional, de sorte que se tem entendido pela paridade entre tratado e lei. Carlos Eduardo Caputo BASTOS assevera que “diante do art. 256 da Constituição do Uruguai, pode-se aferir, ao menos, a supremacia da norma constitucional em face de todas as demais leis, e, inclusive, em face dos tratados, à medida que sua aprovação e integração (dos tratados) no ordenamento jurídico interno perfaz-se com a edição de uma lei”³⁴⁴.

2.3. A regulação empreendida pela Convenção de Viena.

Dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)³⁴⁵:

Art. 26 (‘Pacta sunt servanda’). Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser executado por elas de boa fé.

Art. 27 (Direito interno e observância dos tratados). Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

344 BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **O Processo de Integração do Mercosul e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas. Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997, p. 18.

345 Texto extraído de MELLO, Celso D de Albuquerque. **Direito Internacional Público – Tratados e Convenções**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Art. 46 (Disposições de direito interno sobre a competência para concluir tratados).

1º Um Estado não poderá invocar o fato de que o seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.

2º Uma violação será manifesta caso seja objetivamente evidente, para qualquer Estado que proceder, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

Importa ressaltar a evolução proposta pela Convenção de Viena (1969), face à Convenção de Havana sobre Tratados (1928). Nesta norma internacional, definia-se: “os tratados serão celebrados pelos poderes competentes dos Estados ou pelos seus representantes, segundo o seu direito interno respectivo” (art. 1º); “nenhum Estado se pode eximir das obrigações do tratado ou modificar as suas estipulações, senão com o acordo, pacificamente obtido, dos outros contratantes” (art. 10).

Pela regra do art. 27, da Convenção de Viena, acima transcrito, restou consagrada a supremacia do direito internacional convencional, na medida em que as normas internacionais, a cuja observância livremente se obrigou o Estado, pela via do tratado, independentemente de qualquer vício formal do instrumento internacional decorrente de violação de norma adjetiva do direito interno (a exceção do previsto no art. 46, da Convenção), não podem ser suplantadas pelas normas da ordem jurídica interna, sejam ela anteriores, sejam elas produzidas posteriormente à celebração e ratificação do tratado. “Sintetizando o conteúdo do art. 46, pode-se dizer que o consentimento internacional do Estado só pode ficar viciado pelo descumprimento de normas de Direito Interno, se tal violação afetar normas de importância fundamental, relativas à competência para celebrar tratados, e assumir um caráter manifesto”³⁴⁶.

Com isso, a Convenção procurou realçar a preocupação com o cumprimento dos tratados internacionais na esfera doméstica dos Estados – e, pois, com a segurança e a estabilidade das relações internacionais –, que não poderão deixar de cumprir o contratado internacionalmente, alegando contrariedade às normas de seu direito interno. Por essa via, parece lógico e necessário que, antes de ratificar qualquer tratado, o Estado verifique a sua compatibilidade em relação ao ordenamento nacional vigente. Esse exame prévio é presumido em relação a todos os que participam das discussões e

346 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 265.

aderem a uma normatização internacional, haja vista mesmo a incidência do princípio da boa-fé, que, junto com o princípio *pacta sunt servanda*, compõem a estrutura básica do direito internacional. Consequentemente, não se poderia afastar a aplicação do tratado com sustentação na existência de normas nacionais dispondo diferentemente. Por outro lado, a norma interna posterior, proveniente da vontade unicamente do Estado, não teria o condão de se sobrepor à norma de origem e vocação coletiva.

A única hipótese admitida pela Convenção, como justificativa para o inadimplemento dos tratados internacionais, atine à norma internacional convencional pactuada com violação à regra de direito interno sobre competência, desde que a regra maculada seja reputada fundamental no direito interno e desde que a agressão seja manifesta. Diz-se que, com essa previsão, a Convenção objetivou conciliar constitucionalistas e internacionalistas (concepção eclética), na medida em que, de uma parte, não admitiu a interferência da norma de direito interno na caracterização da validade do direito internacional, mas, de outra parte, acatou a possibilidade de reconhecimento da invalidação do tratado em virtude de descumprimento de norma de direito interno sobre competência³⁴⁷. Em verdade, observa-se que a tese efetivamente sufragada pela Convenção foi a internacionalista – e não poderia ser diferente, considerada a natureza do diploma normativo –, tendo em conta que, mesmo na única hipótese de repercussão do direito interno no direito internacional, o não cumprimento do tratado celebrado por autoridade incompetente apenas se justificaria se a norma interna violada fosse reputada fundamental – diga-se, portanto, de índole constitucional – e a agressão ao direito fosse manifesta, ou seja evidente na normalidade e segundo a boa-fé.

Na perspectiva do direito interno, pelas regras da Convenção de Viena, o descumprimento da obrigação internacional apenas seria escusado em face da ocorrência de inconstitucionalidade formal do tratado, no caso, por exemplo, de não ter havido a apresentação do tratado para a manifestação do Congresso Nacional, ou ainda por defeito de representação do Estado na ordem internacional (agente não autorizado). Por outro lado, a inconstitucionalidade material ou de fundo não seria motivo plausível para a desobediência às normas internacionais, na medida em que não abarcada pela única exceção prevista na Convenção.

Note-se que a Convenção de Viena – em relação aos artigos ora considerados – parece invadir a competência reservada dos Estados, na medida em que tanto os procedimentos de formalização e de inserção dos tratados na

347 V. FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno. Estudo Analítico da Situação do Tratado da Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 34. V. também MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 263.

ordem interna, quanto a hierarquia a estes atribuída em face das demais normas que compõem o direito interno, são matérias de natureza essencialmente constitucional.

É possível asseverar que, quanto ao Brasil, sobretudo diante do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria – como adiante será visto – os dispositivos da Convenção de Viena não vinculariam os juízes nacionais, que deveriam buscar as respostas aos questionamentos atinentes aos tratados, na norma interna, mais especificamente na Constituição, e não em um ato internacional. Assim, em havendo incompatibilidades entre o tratado e a norma constitucional, seja quanto à forma, seja quanto à matéria, a supremacia da Lei Fundamental deveria ser garantida.

Destaque-se que a referida Convenção não tem, ainda, vigência no Brasil, por não cumpridas todas as etapas de sua incorporação ao ordenamento nacional.

A primazia do direito internacional sobre o direito interno, de outro ângulo, tem sido confirmada por tribunais internacionais e comunitários.

André de Carvalho RAMOS, comentando casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, refere-se ao Parecer Consultivo n. 14/94, solicitado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, acerca da responsabilidade internacional do Estado pela edição e aplicação de leis violadoras da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em síntese, a consulta dizia respeito aos efeitos jurídicos das leis nacionais que fossem editadas em mácula a obrigações assumidas pelo Estado com a ratificação da referida Convenção. Diante no argumento do Governo brasileiro, no caso – “o problema resolve-se pela teoria que cada Estado siga em matéria de hierarquia de leis” – o comentarista ressalta³⁴⁸:

Não importa a visão que predomine em um Estado sobre o status normativo interno da Convenção (no Brasil, como já sabido, o Supremo Tribunal Federal entende que um tratado internacional tem o status normativo de lei federal ordinária). Caso uma lei interna, ou mesmo a Constituição, viole a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil será responsabilizado internacionalmente.

E terá que reparar os danos causados.

348 RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos Casos Contenciosos e Consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 444-445.

Caso não o faça, alegando óbice de direito interno, o Brasil sofrerá as conseqüências negativas possíveis no estágio atual do Direito Internacional.

[...]

Em relação à segunda questão apresentada, o Brasil declarou o seu ponto de vista de que, sob a ótica nacional, os agentes e funcionários do Estado devem submeter-se aos ditames constitucionais, não podendo invocar convenções internacionais em que o Estado seja parte para descumpri-la. Para o Brasil, sob a ótica internacional, entretanto, a visão seria inversa.

No tocante ao direito comunitário, merecem realce duas decisões do Tribunal de Justiça da União Européia: a proferida no caso COSTA/ENEL (1964) e a declarada no caso SIMMENTHAL (1978)³⁴⁹. Da primeira se extrai o seguinte excerto:

[...] imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos, sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que le fuera oponible.

No segundo caso, foram destacados como deveres do Estado parte:

[...] hacer inaplicables de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente.

[...] impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que serían incompatibles con las normas comunitarias.

[...] para las autoridades nacionales (implica) prohibición de pleno derecho de aplicar una norma nacional reconocida incompatible com el Tratado [...]; y, llegado el caso, obligación de tomar toda disposición, para facilitar la realización del pleno efecto del Derecho comunitario.

[...] el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las dispisiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando si es necesario sin aplicar, por su propia

349 Trechos extraídos de DIEZ-MORENO, Fernando. **Manual de Derecho de la Union Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 155-156.

autoridad, cualquier disposición contraria a la legislación nacional, aun posterior, sin que tenga que pedir o esperar su derogación.

3. Os tratados internacionais na Constituição Federal de 1988.

Estabelece a Constituição Federal de 1988, inclusive com as alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004³⁵⁰:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social **e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

350 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2006. Com negritos que não estão no original.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

[...]

V-A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

[...]

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de

tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou do processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

1.1. Modelação em consonância com os princípios constitucionais regentes das relações exteriores (art. 4º e parágrafo único, da CF/88).

A compreensão do direito internacional convencional na perspectiva constitucional requer necessariamente que o seu detalhamento se faça de conformidade com os princípios constitucionais que regem as relações internacionais. Dito de outro modo, são os princípios fixados pela Constituição, enquanto preceitos diretivos fundamentais das relações exteriores a serem exercitadas pelo Estado, que definem – ou, no mínimo, apontam – a moldura dos instrumentos político-jurídicos de que pode dispor o Estado, especialmente quanto ao seu alcance, limites e coerência com o ordenamento interno.

Inicialmente, convém apresentar as principais conclusões decorrentes do período de discussão que antecedeu a Assembléia Constituinte, haja vista o relevo que têm na perquirição das relações entre tratado e direito interno.

O Anteprojeto da Carta Política de 1988, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais – Comissão Afonso Arinos –, tratou a temática das relações internacionais da seguinte forma³⁵¹:

Art. 1º O Brasil é uma República Federativa, fundada no Estado Democrático de Direito e no governo representativo, para a garantia e a promoção da pessoa, em **convivência pacífica com todos os povos**.

Art. 5º O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – defesa e promoção dos direitos humanos;

II – condenação da tortura e de todas as formas de discriminação e de colonialismo;

III – defesa da paz, repúdio à guerra, à competição armamentista e ao terrorismo;

351 Cf. DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80-81. Negritos que não estão no original.

IV – apoio às conquistas de independência nacional de todos os povos, em obediência aos princípios de autodeterminação e do respeito às minorias;

V – intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade.

Art. 6º O Brasil participa da sociedade internacional por meio de pactos, tratados e acordos com os Estados soberanos, com os organismos internacionais e com as associações de relevantes serviços à **causa da humanidade e ao amparo e proteção da pessoa humana.**

Art. 7º Os pactos, tratados e acordos internacionais dependem da ratificação do Congresso.

Parágrafo único. O conteúdo dos compromissos de que trata este artigo incorpora-se à ordem interna quando se tratar de disposições normativas, salvo emenda constitucional, se for o caso.

Do Anteprojeto mencionado, depreende-se, nada obstante a redação imperfeita e pouco clara, a previsão de regra específica acerca da relação entre o direito interno e o direito internacional convencional. Segundo a proposta, as normas internacionais convencionais incorporar-se-iam, de regra, à ordem jurídica interna – o que, para alguns doutrinadores, representou a adesão do Estado brasileiro à tese monista. Essa incorporação, todavia, não se efetivaria se a norma internacional versasse sobre matéria cuja regulamentação devesse se dar pela via da emenda constitucional. Com isso, fica clara a postura em torno da infraconstitucionalidade dos tratados internacionais. Por outro lado, não foi evidenciada a hierarquia dos tratados em relação às normas infraconstitucionais, embora a idéia de incorporação leve a crer na equiparação entre tratado e lei federal. Demais disso, não se previu a postura a ser adotada pelo Estado brasileiro na hipótese de a norma internacional convencional se mostrar contrária à Lei Fundamental. Em outros Estados, como anteriormente observado, o ingresso da norma internacional, em tais circunstâncias, é autorizado expressamente com a única condição de que se proceda à reforma da Constituição. Também do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, é importante sublinhar a preocupação com os direitos humanos.

Por outro lado, o Anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais ficou assim redigido³⁵²:

³⁵² Cf. DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 90. Negritos que não estão no original.

Art. 17. O Brasil manterá relações com Estados estrangeiros, organismos internacionais e outras entidades dotadas de personalidade internacional, em nome de seu povo, no respeito aos seus interesses e **sob seu permanente controle.**

Art. 18. O Brasil não permitirá que conflitos internacionais em que não é parte, atinjam seu território nacional e nele se transformem em fatores de desagregação de sua gente.

Art. 19. Nas relações internacionais, o Brasil adotará atitude de coexistência pacífica e se regerá pelos princípios constantes da Carta da Organização das Nações Unidas, tal como explicitados na Resolução 2.625 (XXV) da Assembléia Geral.

Art. 20. Nas relações interamericanas, o Brasil respeitará os princípios da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Art. 21. Na convivência com Estados estrangeiros e participando de organismos multilaterais, **o Brasil favorecerá a obra de codificação progressiva do direito internacional, os movimentos de promoção dos direitos humanos** e a instauração de uma ordem econômica justa e eqüitativa.

Art. 22. O Direito Internacional faz parte do Direito Interno. O tratado revoga a lei e não é por ela revogado.

De forma direta, o art. 22, do Anteprojeto citado, estabeleceu a supralegalidade dos tratados, na medida em que a eles foi dado o poder de revogar a lei interna, não podendo, contudo, ser por esta revogados. Por outro lado, não parece ter havido a equiparação dos tratados às normas constitucionais, haja vista a própria advertência contida no art. 17, no sentido de que todas as relações internacionais estariam sob “permanente controle” do Estado brasileiro, controle este que, é certo, se viabiliza a partir da garantia da integridade do Texto Constitucional. Os direitos humanos também foram destacados, assim como mereceram indicação individualizada as relações interamericanas.

Apreciando a proposta da Subcomissão, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher apresentou sua proposta³⁵³:

353 Cf. DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 99-101. Negritos que não estão no original.

Art. 23. São tarefas fundamentais do Estado:

I – garantir a independência nacional pela preservação de condições políticas, econômicas, científicas, tecnológicas e bélicas que lhe permitam **rejeitar toda tentativa de interferência estrangeira na determinação e consecução de seus objetivos internos**;

Art. 24. O Brasil participa da sociedade internacional por meio de tratados e compromissos com os Estados Soberanos, com os organismos internacionais e outras entidades dotadas de personalidade internacional, desde que não afetem a soberania do seu povo.

Art. 26. A **inviolabilidade desta Constituição** rege as relações internacionais do Brasil, **à luz dos princípios constantes das Declarações Internacionais de Direitos** de que seja signatário, com ênfase nos seguintes:

I – o da independência nacional;

II – o da intocabilidade dos direitos humanos;

[...]

VII – o da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

Art. 27. Na ordem internacional o Brasil preconiza:

I – a codificação progressiva do Direito Internacional e a **formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos com poder de decisão vinculatória**;

Art.28. Os tratados e compromissos internacionais dependem da aprovação do Congresso Nacional, excetuados os que visem simplesmente a executar, aperfeiçoar, interpretar ou prorrogar tratados preexistentes e os de natureza meramente administrativa.

§ 1º Os tratados a que se refere a parte final deste artigo serão levados, dentro de trinta dias, ao conhecimento do Congresso Nacional.

§ 2º O conteúdo normativo dos tratados e compromissos internacionais se incorpora à ordem interna e **está sujeito à revogação por lei nova ou Emenda Constitucional**.

A particular ênfase dada aos direitos humanos no Anteprojeto, inclusive com a pretensão de constitucionalização de Declaração Internacional de Direitos e de formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, com decisões vinculantes, contrasta, segundo se nota, com a regra da revogabilidade dos tratados internacionais por lei nova ou emenda constitucional. Assim, aos tratados se conferiu infraconstitucionalidade (“inviolabilidade desta Constituição”), bem como foram eles submetidos à *lex posterior derogat priori*. De tais direcionamentos não se distanciou o Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização.

Após as várias deliberações que se seguiram, entretanto, restou aprovado o texto que se lia na CF/88 – anteriormente à EC nº 45/2004 –, que não trazia qualquer preceito que esclarecesse a hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico nacional. A ausência dessa norma, inclusive, fundamentava as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, como será visto mais adiante, de modo a não se admitir a paridade entre tratado e norma constitucional, bem como no sentido de equiparar as normas internacionais convencionais às leis infraconstitucionais, submetendo-as ao esquema de revogação consagrado pela Lei de Introdução ao Código Civil, para o direito interno. Com a EC nº 45/2004, as dúvidas quedaram sem sentido, confirmando-se a interpretação pretoriana. De fato, ao prever que os tratados internacionais poderão ostentar natureza de emenda constitucional, desde que aprovados pelo Congresso Nacional nos mesmos moldes definidos no § 2º, do art. 60, da CF/88, o legislador confirmou a índole de lei ordinária dos tratados.

De toda sorte, ainda que desconsiderada a EC nº 45/2004, a Constituição Federal brasileira de 1988 fornece elementos importantes à investigação do relacionamento entre direito interno e direito internacional.

Em seu art. 4º e parágrafo único, a Carta Política procurou compatibilizar a unidade e a integridade do Estado brasileiro com uma maior inserção na sociedade internacional. Daí porque, ao lado do princípio da independência nacional – que designa a soberania externa –, foram elencados princípios como prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, bem como foi acentuada a necessidade de formação de uma comunidade latino-americana de nações. Se para alguns autores, o mencionado art. 4º se constitui numa miscelânea de orientações incompatíveis, para outros – entre os quais nos incluímos – o art. 4º traduz a tentativa constitucional de promover uma abertura equilibrada, consciente dos problemas comuns da humanidade, mas também sabedora de que a integração entre os Estados está a depender do respeito às instituições e valores que eles representam.

Quanto ao relacionamento entre o direito internacional convencional e o direito interno, na inexistência de norma específica, até antes da EC nº 45/2004, as posturas doutrinárias se multiplicavam. Afirmava-se que

seria possível estabelecer o *status* e a relação de preferência da norma internacional convencional no ordenamento jurídico interno, a partir dos princípios constitucionais, bem como das regras dispostas ao longo do Texto Fundamental.

Alguns asseveravam que os tratados se situariam em nível infraconstitucional e de paridade, quanto às leis federais, em vista da estrutura constitucional de controle de constitucionalidade das normas, bem como diante da terminologia e da organização textual da Carta Magna (a exemplo, do contido no art. 102, III, da CF/88). Aduziam, outrossim, que os princípios constitucionais que assinalam uma política de abertura à sociedade internacional, com incremento dos relacionamentos nessa seara, não conduziram à necessária conclusão de que estaria implicitamente consagrada, no Texto Constitucional, a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, mesmo porque deveriam ser interpretados de modo a se compatibilizarem com outros princípios constitucionais, como o da soberania popular, o da independência nacional e o da autodeterminação dos povos.

Outros doutrinadores avaliavam a possibilidade de se estabelecer a primazia do direito constitucional em face da norma estrangeira, dada a natureza da Lei Fundamental, mas garantindo-se ao tratado a suprallegalidade, que decorreria do reconhecimento das diferenças de origem e produção entre as normas internacionais convencionais e o direito interno. Aduziam que, assim, estaria respeitada a supremacia da Lei Maior, e, pois, a unidade do Estado e da sociedade brasileiros, mas, por outro lado, estaria sendo prestigiada a atuação internacional do Estado, por não se admitir a revocação da norma multilateral pela norma unilateral. Ademais, do mesmo modo que ausente previsão constitucional no sentido de primazia do direito internacional em relação ao direito interno, não haveria disposição constitucional determinando a preferência da lei interna em relação ao tratado regularmente concluído. Conciliados, assim, conforme entendiam, os princípios constitucionais das relações exteriores.

Em outro ângulo, situavam-se os defensores da primazia absoluta do direito internacional (sobre as leis e também sobre a Constituição), sob a alegação de que o Estado, não poderia, após adimplidas – segundo a boa-fé dos partícipes – todas as etapas do processo de construção e de vigência da norma internacional, deixar de cumprir a obrigação assumida por incompatível com as suas normas nacionais.

Mencione-se, por fim, uma quarta opção: a de que, a despeito de não ser possível atribuir primazia ao direito internacional convencional clássico ou tradicional no ordenamento interno, por não consagrar a Constituição, explícita ou implicitamente, princípio nesse sentido, a própria Lei Fundamental distinguiria situações diferentes, nas quais estaria justificado o reconhecimento da preferência das normas internacionais convencionais, em prejuízo do

disposto nas leis federais e na própria Constituição. Assim, em se tratando de direito internacional especial (direito comunitário ou direito da integração), a CF/88, no parágrafo único, do art. 4º, estaria a autorizar a supremacia das normas jurídicas internacionais convencionais do MERCOSUL, mesmo porque a harmonização legislativa seria pressuposto da plena efetivação, não apenas de uma comunidade latino-americana de nações, mas de qualquer projeto de integração. Dito de outra forma, a aplicação prioritária do direito da comunidade seria condição de persistência e de desenvolvimento da mesma. Por outro lado, em se cuidando de direito internacional convencional humanitário, também estaria garantida – em verdade, com muito mais vigor e de forma mais acentuada que no tocante ao direito da integração – a sua prevalência em relação ao direito interno, o que exsurgia da interpretação conjugada do inciso II, do art. 4º, e dos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CF/88. Sublinhe-se, de logo, que, com a EC nº 45/2004, a diferenciação dos tratados relativos a direitos humanos (e apenas desses), em relação aos demais, fez-se de forma muito mais patente, admitindo-se o internamento da norma internacional com estatura de emenda constitucional.

Qualquer que seja o entendimento abraçado – agora com possibilidades limitadas, segundo se entende, pela alteração implementada no Texto Constitucional –, o certo é que não se pode, de fato, apartar a questão da hierarquia dos tratados – e os questionamentos que lhe são correlatos – dos princípios orientadores das relações internacionais consagrados pela Carta Constitucional. Nesse sentido, tenha-se em mente que princípios são normas fundadoras do ordenamento, ou seja, têm “natureza normogenética”, “estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”³⁵⁴.

1.2. O *Treaty-Making Power* (arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da CF/88). Procedimentos de inclusão na ordem interna (art. 49, I, da CF/88).

Nos termos do art. 21, I, da CF/88, “compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”. A União, portanto, representa a República Federativa do Brasil (pessoa jurídica de direito internacional) nas relações internacionais. No exercício dessa autorização constitucional, o Presidente da República, enquanto Chefe de Estado, detém competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, que devem ser submetidos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, da CF/88). Dentro da engrenagem, ao Congresso Nacional é atribuída, pelo art. 49, I, da CF/88, a competência exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. O Poder Legislativo, assim, no exercício de sua função fiscalizadora, através de decreto legislativo, aprova

354 CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 1145.

– ou, mediante simples comunicação, rejeita – os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Executivo. Em seguida à aprovação, impõe-se a promulgação dos tratados pelo Presidente da República, através de decreto. Por fim, exige-se a publicação, como condição de aplicação.

Estas são as fases nas quais se desenvolve o processo de inserção da norma internacional no ordenamento jurídico interno brasileiro. A primeira concerne à competência para a celebração. A segunda, à competência para a aprovação. A terceira, à atribuição de executóriedade.

Analisando essa sistemática, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, no sentido de que, no Brasil, acolhe-se o dualismo moderado. Assim, os tratados internacionais celebrados pelo Poder Executivo não têm vigência e eficácia automática na ordem jurídica interna. Para integrarem o ordenamento jurídico nacional, têm de cumprir todas as etapas do processo de internalização (sistema de transformação³⁵⁵). A inserção da norma internacional no direito interno é, ademais, resultado de um ato complexo, que conjuga aprovação pelo Congresso Nacional e promulgação pelo Presidente da República. Não obstante se tratar de ato complexo, o direito brasileiro não exige a edição de lei formal como requisito da incorporação, de modo que não pode ser caracterizado como dualista extremado.

Considerado o conceito clássico de dualismo (que remete à conversão de direito internacional em direito interno), o entendimento pretoriano de que o nosso sistema jurídico é dualista – ainda que moderado – colide com o posicionamento de doutrinadores no sentido de que os tratados vigem na ordem interna como normas internacionais que são, e não como direito doméstico, de sorte que a aprovação pelo Congresso e a promulgação do Presidente da República não teriam o condão de transformar direito internacional em direito interno, mas apenas de declarar a existência e a obrigatoriedade, na ordem interna, das normas internacionais (visão monista).

Importa divisar as imprecisões de redação dos dispositivos constitucionais. Enquanto no art. 84, VIII, faz-se referência a “tratados, convenções e atos internacionais”, no art. 49, I, constam, como sujeitos ao crivo do Legislativo, “tratados, acordos ou atos internacionais”. Demais disso, no art. 49, I, diz-se que ao Congresso Nacional incumbe “resolver definitivamente” sobre os já referidos tratados, acordos ou atos internacionais, que “acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Em verdade, o Congresso não resolve definitivamente sobre as normas internacionais convencionais, exceto na hipótese em que decide por rejeitá-las, porque, nesse caso, o Presidente da República não pode ratificá-las. Em sendo aprovada, a normativa internacional é dirigida ao Presidente da República, para que este,

355 V. MIRANDA, Jorge. **Direito Internacional Público I**. Apontamentos das aulas do 2º ano jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 220-221.

através de decreto, promulgue-a. É certo que, mesmo aprovado o tratado pelo Poder Legislativo, o Presidente da República não está obrigado a expedir o decreto de promulgação, podendo ou não fazê-lo. Ademais, o trecho final do art. 49, I – “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” –, ao sugerir que apenas tratados com essas características se submetem ao Congresso Nacional, se incompatibiliza com o art. 84, VIII, que sujeita ao referendo do Congresso Nacional todos os tipos de ajuste internacional. A doutrina tem entendido que a antinomia entre os dois dispositivos é apenas aparente e que a compreensão mais correta é a de que a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a competência para conhecer de todos os tratados, acordos, convenções e outros tipos de atos internacionais, e não apenas aqueles “que acarretem encargos ou compromissos gravosos”, embora quanto a estes, pela relevância, tenha havido menção expressa³⁵⁶.

Ressalte-se, no tocante à fase congressual (regulada pelos Regimentos Internos das Casas Legislativas), que ao Congresso Nacional compete apenas aprovar ou rejeitar o tratado – o Congresso não ratifica tratado –, de modo que lhe é negada a possibilidade de emendar o texto do ajuste internacional. Ademais, o decreto legislativo, no qual se consubstancia a aprovação, por sua própria natureza, independe de sanção do Presidente da República, sendo apenas promulgado pelo Presidente do Senado Federal. Pode, contudo, o Congresso, retratar-se, ou seja, voltar atrás na decisão que resultou na aprovação do tratado. Isso, entretanto, apenas será possível se o Estado ainda não tiver se obrigado na esfera internacional, através da ratificação.

Questão extremamente delicada diz respeito à obrigatoriedade ou não de se submeter ao Poder Legislativo todos os atos internacionais, sem distinção, concluídos pelo Poder Executivo. Essa discussão remonta aos embates entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão, por ocasião da Constituição de 1946. Haroldo Valladão entendia que todos os atos internacionais deveriam ser examinados pelo Congresso Nacional, a teor do disposto na própria Constituição. Hildebrando Accioly, por sua vez, compreendia que alguns atos internacionais não necessitariam passar pela chancela do Legislativo, resolvendo-se em tudo no âmbito do Executivo (a exemplo dos atos que não exigiriam ratificação: acordos sobre assuntos de competência privativa do Poder Executivo, acordos relativos à interpretação de tratados já vigentes, acordos que fixassem bases para negociações futuras)³⁵⁷. No Brasil, tem-se admitido, a despeito do contido

356 MAZZUOLI, Valério Oliveira. O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais – O *Treaty-making Power* na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 10. Nº 38. Jan./Mar., 2002, p. 29-30.

357 Sobre a polêmica, v. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p.289-304.

no art. 84, VIII, da CF/88, a existência de acordos em forma simplificada ou acordos executivos, concluídos sem autorização do Poder Legislativo³⁵⁸.

Quadra acrescentar que, atualmente, está sendo discutida a (des)necessidade de manifestação do Congresso Nacional, para fins de denúncia da norma internacional convencional, consoante se observa da notícia adiante transcrita, colhida na página oficial do STF, na *internet*³⁵⁹:

O Supremo Tribunal Federal adiou hoje (2/10 [de 2003]) a conclusão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1625) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) contra o Decreto federal 2.100/96, pelo qual o presidente da República denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê proteção ao trabalhador contra a demissão arbitrária.

No Decreto de 20 de dezembro de 1996, em que formalizou a denúncia do ato internacional, o, à época, presidente Fernando Henrique Cardoso tornou público que a Convenção da OIT - adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982 - deixaria de ser cumprida no Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, 'visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho'.

O julgamento da ação da Contag foi suspenso por um pedido de vista antecipado do ministro Nelson Jobim, logo após os votos dos ministros, Maurício Corrêa, relator da ação, e Carlos Ayres Britto. Ambos julgaram a ação procedente em parte, para determinar que a 'eficácia plena' da denúncia da Convenção 158 da OIT depende de referendo do Congresso Nacional, conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal.

O dispositivo estabelece que é competência exclusiva do Congresso Nacional 'resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional'.

358 MAZZUOLI, Valério Oliveira. O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais – O *Treaty-making Power* na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 10. Nº 38. Jan./Mar., 2002, p. 15.

359 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Pedido de vista adia julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=66430&tip=UM&p>>. Acesso em 11 out. 2005.

A ação ajuizada pela Contag diz que a Convenção 158 da OIT foi aprovada e promulgada pelo Congresso por Decreto legislativo 68/92 e pelo Decreto 1.855/96. O ministro Maurício Corrêa considerou não ser ‘razoável’ o ato isolado do presidente da República, de denunciar uma Convenção que foi aprovada pelo Legislativo.

‘A prevalecer o entendimento do presidente da República, haverá prejuízo para a estabilidade das relações regidas por ato internacionais, que ficariam ao alvedrio do presidente’, considerou o relator, ao frisar que a eficácia do Decreto depende do referendo constitucional do Congresso, que primeiro aprovou a Convenção.

‘A revogação definitiva de sua eficácia depende de referendo do Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo. Assim, a constitucionalidade do Decreto em exame se aperfeiçoa por seu encaminhamento ao Congresso, para resolver definitivamente sobre a denúncia’, concluiu o ministro Maurício Corrêa.

O ministro Ayres Britto acompanhou o relator por entender que o presidente da República ‘não pode, unilateralmente, desfazer um ato concreto que se incorporou ao direito nacional’.

O ministro Marco Aurélio não votou, mas chegou a comentar que a própria Convenção 158 da OIT teria fixado prazo para sua eventual denúncia, ‘o que, por si só, justificaria manifestação isolada do presidente da República, por impossibilidade prévia de debate nacional’.

Em verdade, parece-nos que exigir a participação do Congresso Nacional para fins de denúncia de normas internacionais não salvaguarda o inciso I, do art. 49, da CF/88, mas, inversamente, agride o dispositivo, cotejado com outras regras constitucionais, especialmente quando se observa a competência constitucionalmente deferida ao Presidente da República para a celebração de tratados internacionais. De toda sorte, a questão ainda não restou dirimida pela Corte Máxima.

1.3. Posicionamento na hierarquia das normas e controle de constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, b, da CF/88).

Assevera Jorge Miranda que “a força jurídica (ou valor ou eficácia) das normas de Direito internacional recebidas na ordem interna frente

à força jurídica (ou ao valor ou à eficácia) das normas de produção interna pode ser *a priori* concebida numa das seguintes posições: 1ª) força jurídica supraconstitucional das normas internacionais; 2ª) força jurídica constitucional dessas normas; 3ª) força jurídica infraconstitucional, mas supralegal; 4ª) força jurídica igual à das normas legais; 5ª) força jurídica infralegal”³⁶⁰.

No caso brasileiro, pode-se concluir, com certa tranqüilidade, pela infraconstitucionalidade dos tratados em geral. Essa ilação decorre mesmo do fato de estarem os tratados sujeitos a controle de constitucionalidade, conforme disposição expressa do Texto Constitucional (art. 102, III, b, da CF/88), bem como da função que se atribui à Constituição (ordem fundacional e fundamental), no contexto do Estado contemporâneo.

Já no tocante à posição hierárquica dos tratados em função das leis, a Constituição era lacunosa, até antes da EC nº 45/2004. À míngua de norma constitucional definidora, duas correntes se formaram: a dos que defendiam a paridade entre tratado e lei e a dos que advogavam pela supralegalidade dos tratados. O Supremo Tribunal Federal – nossa “Corte Constitucional”³⁶¹ – adotou e tem mantido a primeira posição, que restou ratificada com a emenda constitucional antes referida. As discussões pertinentes à relação entre tratado e lei, no ordenamento jurídico brasileiro, serão melhor manejadas no capítulo seguinte, de modo que, neste momento, opta-se por analisar, de logo, a questão do controle de constitucionalidade das normas internacionais convencionais.

Dispõe o art. 102, III, b, da Constituição, que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Com isso reconheceu a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade de normas internacionais convencionais. É regra explícita. Não cabe desobediência.

De outro lado, o controle concentrado de constitucionalidade dos tratados também é plenamente admitido no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, a doutrina tem se manifestado – e o STF tem confirmado:

Aparentemente, inexistente qualquer referência expressa, na doutrina pátria, quanto à possibilidade de submeter tratado ou convenção ao juízo de constitucionalidade. Não se configura possível, todavia, infirmar a verificação de constitucionalidade, nessas hipóteses, uma vez que, com a incorporação ao Direito nacional, os tratados e convenções

360 MIRANDA, Jorge. **Direito Internacional Público I**. Aparentamentos das aulas do 2º ano jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 235.

361 A expressão foi grafada entre aspas, na medida em que a competência do Supremo Tribunal Federal não se restringe ao exercício do controle de constitucionalidade, embora este represente sua função precípua.

passam a ter eficácia plena no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. [...]

Anote-se que a pronúncia da inconstitucionalidade com o reconhecimento da nulidade, parece atingir, tão somente, as normas nacionais de aprovação, ratificação e aprovação. No que concerne ao complexo normativo estabelecido pelo tratado ou convenção, há de se admitir que o juízo de inconstitucionalidade se resolve na não aplicação, não se afigurando possível a decretação de nulidade, na espécie³⁶².

Convém enfatizar que submetem-se ao controle de constitucionalidade os atos normativos de direito interno, que promovem o ingresso das normas internacionais convencionais no ordenamento jurídico nacional. Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade não alcança propriamente o ato internacional em si, vigorante na esfera internacional. Dito de outro modo, o juízo de inconstitucionalidade se limita à ordem interna dos Estados, mas, nesse âmbito, envolve não apenas o controle formal (de verificação da regularidade da formação do ato internacional e da sua incorporação na ordem interna), como também o controle material (de perquirição da conformidade constitucional do conteúdo normativo). Consequentemente, ter-se-á, na hipótese de inconstitucionalidade, a declaração de nulidade da norma interna de incorporação e, de outro lado, de ineficácia ou inaplicabilidade da norma internacional.

1.4. O parágrafo único, do art. 4º, da CF/88, e o direito da integração.

A relevância do parágrafo único, do art. 4º, da CF/88, nas discussões acerca do tratamento constitucional conferido aos tratados internacionais, reside na possibilidade de ter, o mencionado dispositivo, consagrado implicitamente uma regra de conflito diferenciada a incidir na relação entre direito interno e direito da integração, impondo, como solução razoável e profícua a primazia deste. Assim, enquanto, para alguns, o preceito consagrado no referido parágrafo único denota apenas um desígnio, não mencionando ele sequer os instrumentos a serem empregados na consecução do objetivo pretendido, para outros, a norma constitucional, congruente com as necessidades pressupostas pelo processo de integração almejado, estaria a oferecer as bases para a admissão da preferência

362 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 266. V. também MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 168. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 207-210. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2304-2306.

do direito da comunidade, senão sobre o ordenamento constitucional, no mínimo sobre as leis infraconstitucionais.

Comentando o parágrafo único, do art. 4º, da Constituição brasileira de 1988, Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS, nessa direção, indicam:

O Texto Constitucional não esclarece de maneira expressa se a forma desta integração deve guardar respeito aos princípios clássicos da soberania ou se envolve a possibilidade da integração em organismos supranacionais. Quer-nos parecer, no entanto, que a mera existência do artigo implica uma opção por esta última forma. Do contrário, ele seria desnecessário, posto que organização sem caráter supranacional já existe na América Latina³⁶³.

O pensamento acima é complementado por Pedro DALLARI:

Mais do que como um princípio genérico normatizador da postura internacional no Brasil, os comentaristas têm identificado no dispositivo em tela a condição de simples regra voltada para a explicitação de um objetivo programático almejado pelo País. O próprio debate havido no interior da Constituinte envolvendo a eventual conveniência da alocação do texto deste parágrafo no rol das disposições transitórias da Constituição é evidenciador dessa compreensão. [...]. Mas, além da influência evidente do dispositivo em questão para a política externa brasileira, não se devem desconhecer as possibilidades de repercussão que ele envolve no âmbito do sistema jurídico do País. Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, 'O presente dispositivo deixa certo que o País conta com a autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade latino-americana de nações'. Tal fundamentação viabiliza a incorporação ao sistema jurídico, com amparo na Constituição, de regras que assegurem tratamento diferenciado às pessoas, físicas e jurídicas, e aos produtos originários dos Estados latino-americanos³⁶⁴.

O professor Francisco de Queiroz Bezerra CAVALCANTI é percutiente:

363 BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, v. I, p. 466.

364 DALLARI, Pedro. *Constituição e Relações Exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 183-184.

Quanto à discussão sobre o nível hierárquico dos tratados, entendendo ser equivocada a posição jurisprudencial dominante. Do silêncio do texto constitucional não se pode extrair, de logo, o indicativo da paridade tratado = lei federal, até porque ‘lei federal’, no Direito brasileiro corresponde a um gênero com duas espécies; a) Lei complementar; b) Lei ordinária. A primeira espécie de hierarquia superior à segunda. Não poderiam os tratados transpostos estar em dois patamares simultaneamente. **O silêncio da norma constitucional deve ser interpretado adequadamente. A nova Carta (de 1988) já traz algum auxílio. No seu artigo 4º encontram-se alguns princípios de Direito Internacional Convencional, como por exemplo o da COOPERAÇÃO entre os povos e o específico do parágrafo único do citado artigo visando a formação de uma ‘comunidade latino americana de nações’. Difícil, senão impossível, compatibilizar os princípios do art. 4º da Constituição, com a idéia de que a qualquer tempo o legislador ordinário poderia fazer cessar todo o esforço de integração econômica e cooperação, editando normas contrárias a tratados pré-existentes. [...].**

A posição defensora da paridade será inevitavelmente revista como imperativo para instrumentalizar o incremento da integração brasileira na comunidade internacional e mais especificamente para cumprimento do artigo 4º, parágrafo único da Constituição de 1988³⁶⁵.

Por certo que o ideal da integração, especialmente para fins de formação de uma “comunidade latino-americana de nações”, exige um conjunto de instrumentos eficazes de garantia da prevalência do interesse da comunidade sobre os benefícios que possam ser auferidos individualmente pelos Estados. Dentre esses mecanismos, encontra-se a possibilidade de se atribuir aplicação direta, imediata e primaz ao direito produzido no âmbito da integração, como normatização decorrente da convergência, de modo a que os Estados partícipes do projeto dêem cumprimento às normas comunitárias, zelando pela sua efetividade, e reprimam posturas adotadas em desconformidade com estas (condutas positivas), bem como evitem exercer políticas incompatíveis com os objetivos integrativos (conduta negativa). É inegável que a prosperidade do processo de integração implica na adoção da regra da superioridade do direito da comunidade, em relação ao direito de cada um dos Estados envolvidos, na

365 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Os Tratados Frente ao Direito Nacional – Considerações. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária/UFPE, 1994, v. LXXXVI, p. 350-351. Grifos e negritos que não estão no original.

medida em que indica o caráter preferencial das pretensões da comunidade, a despeito de vontades insuladas.

Por outro lado, não se pode também olvidar que, frente ao persistente modelo de organização das estruturas políticas – em todo momento confirmado, frise-se –, qualquer processo de integração envolve um rompimento. Trata-se de abrir caminho para novos valores, novas prioridades, diferentes formas de atuação, com o quebrantamento de ordem anteriormente predominante. Toda ruptura, assim, apresenta-se, de algum modo, traumática, porquanto agressiva (desconstitutiva), a ela resistindo – ou temperando-a – as forças conservadoras, para alguns obsoletas, para outros equilibrantes.

Desse confronto – integração como cooperação e integração como rompimento –, avulta a necessidade de que os processos de integração sejam adequadamente programados e planejados. Essa planificação permitirá que o ajuntamento dos Estados em torno de escopos comuns evolua através de etapas progressivas e mais consistentes, na medida em que construídas gradualmente. A própria aceitação da primazia do direito da integração sobre o direito interno está associada a um nível mais avançado de inter-relacionamento (amadurecimento), uma vez já assentadas as bases fundamentais do processo de aproximação e colaboração.

No caso brasileiro, por conseguinte, justifica-se a relutância em se aceitar o parágrafo único, do art. 4º, da CF/88, como norma autorizadora da preferência do direito internacional especial (da integração) sobre o direito interno. Seja porque expressa um propósito (projeto), historicamente almejado, sem a designação dos correlatos instrumentos de realização; seja porque deve se concretizar de forma gradativa, em nome da solidez; seja quando cotejado com a experiência dos Estados europeus, o dispositivo constitucional mencionado não parece autorizar o tratamento preferencial do direito de integração. De outro ângulo, contudo, o aperfeiçoamento do processo de integração está condicionado ao estabelecimento dessa prioridade, e deverá se traduzir em reforma constitucional, de sorte a fazer inserir na Constituição preceito expresso sobre a hierarquia das normas internacionais no ordenamento jurídico doméstico. A EC nº 45/2004 comprova a correção dessa tese, pois quando se quis ressaltar, explicitamente se consignou a especificidade – o que se deu em relação aos tratados internacionais de direitos humanos.

1.5. Diferenciação expressa dos tratados internacionais de direitos humanos: as discussões acerca do § 2º, do art. 5º, da CF/88.

Antes da EC nº 45/2004 entendíamos que a única regra constitucional da qual se poderia extrair alguma conclusão acerca do posicionamento hierárquico das normas de direito internacional convencional, no ordenamento jurídico

interno brasileiro, localizar-se-ia no § 2º, do art. 5º, da CF/88, e atiniria apenas e tão-somente aos tratados de direitos humanos: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. À exceção das normas internacionais convencionais humanitárias, os demais tratados internacionais não teriam merecido qualquer referência explícita pelo Texto Constitucional, no tocante à sua localização na hierarquia das fontes do direito brasileiro.

Consoante o dispositivo constitucional referido, na interpretação anterior à EC nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* de norma constitucional, na medida em que os direitos e garantias fundamentais – direitos humanos positivados –, titularizados pelos indivíduos, seriam todos os que constassem do Documento Constitucional, expressa ou implicitamente, bem como os que compusessem os catálogos convencionados internacionalmente pelo Estado.

Nesse sentido, nota e argumenta Flávia PIOVESAN:

Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional desses direitos.

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.

[...]

Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito

na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional.

[...]

Propõe-se, neste sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) a dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) a dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

[...]

Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

[...]

Ao caráter especial dos tratados de proteção dos direitos humanos, poder-se-ia ainda acrescentar o argumento, sustentado por parte da doutrina publicista, de que os tratados de direitos humanos apresentam superioridade hierárquica relativamente aos demais atos internacionais de

caráter mais técnico, formando um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, denominado jus cogens.³⁶⁶

Essa interpretação encontra força no princípio da prevalência dos direitos humanos, elencado no rol do art. 4º, da CF/88, como regente das relações internacionais de que o Brasil participe. Analisando o mencionado preceito basilar, afirma Pedro DALLARI:

A prevalência dos direitos humanos enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo País para a regência da ordem internacional não implica tão somente o engajamento do processo de edificação de sistema de normas vinculados ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”³⁶⁷.

Sustentávamos que mais do que simplesmente ratificar a tese de que o § 2º, do art. 5º, da CF/88, estabelecia a primazia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre o direito interno infraconstitucional e a paridade dos referidos tratados quanto às normas constitucionais – inclusive pela possibilidade de derrogamento de norma da Constituição restritiva ou ofensiva dos direitos humanos (efeito de emenda constitucional) ou pela necessidade de leitura constitucional congregadora e harmonizadora dos direitos e garantias fundamentais que integram a Constituição por expressa determinação sua –, o princípio da prevalência dos direitos humanos autorizava a compreensão de que, em verdade, o mencionado § 2º inseria a regra da aplicabilidade prioritária da norma que se traduzisse em maior grau de resguardo aos direitos e garantias fundamentais, independentemente da sua natureza, da sua origem ou da relação de antecedência temporal. Assim, se entre tratado de direitos humanos e norma constitucional houvesse regramentos diversos, acerca de determinado direito fundamental, deveria ser aplicada a “norma mais favorável” ou mais protetora, independentemente do instrumento ou do momento em que essa proteção se corporificou³⁶⁸.

366 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5ª ed.rev.ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-78, 81 e 87-89.

367 DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

368 V. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. V. também GALINDO,

Maria GARCIA parece apontar para a atemporalidade das normas de direitos humanos:

[...] mesmo denunciado o tratado, esses direitos e/ou garantias, integrados no patrimônio de seus destinatários (como integrados se encontravam os direitos e garantias expressos na Constituição no advento do tratado), encontram-se disponíveis para seu exercício pelos seus titulares³⁶⁹.

De toda sorte, dizia-se que ainda que se reconhecesse, porque se tratava de declaração expressa da Norma Fundamental, a natureza constitucional das normas internacionais convencionais de direitos humanos, seria importante que se alimentasse a preocupação quanto ao reverso, representado por elementos não-normativos, mas que repercutiriam no momento de aplicação das normas. Como já tivemos oportunidade de destacar, conquanto houvesse um discurso recorrente acerca da necessidade de garantia dos direitos humanos, na prática alguns desvirtuamentos eram vislumbrados – fragilização do sistema de proteção internacional, com a negação da autoridade dos órgãos internacionais; utilização dos direitos humanos como suporte ideológico ao avanço do capitalismo e à manutenção de relações de dominação e subserviência, com imposição de padrões de consumo, sem cuidados com a multidiversidade e o multiculturalismo –, de modo que do intérprete e do aplicador do direito estava a se exigir maior capacidade de compatibilização da proteção dos direitos humanos com o equilíbrio nas relações entre os Estados³⁷⁰.

Como será visto a seguir, o STF – considerados precedentes anteriores à EC nº 45/2004 – ainda não tinham um posicionamento definitivo sobre a temática – embora apontasse para a outorga, aos tratados de direitos humanos, do mesmo tratamento conferido aos tratados em geral –, mas reconhecesse a gravidade das consequências que poderiam advir do entendimento que fosse consagrado.

A EC nº 45/2004 confirmou a correção do rumo tomado pelo STF.

4. O tratamento conferido aos tratados pelo Supremo Tribunal Federal. Um estudo dos seus *leading cases*.

George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

369 GARCIA, Maria. A Constituição e os Tratados – A Integração Constitucional dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 9. Nº 37. Out./Dez., 2001, p. 44.

370 V. FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e Processos de Integração: O Novo Conceito de Soberania em Face da Globalização (Uma Abordagem Especial Quanto às Realidades de Integração Regional)**. Curitiba: Juruá, 2002. (Pensamento Jurídico, v. 7).

Independentemente das discussões doutrinárias e do que se considere como a mais alta de todas as aspirações acerca da matéria em análise, o fato é o que Supremo Tribunal Federal já se posicionou de forma determinante quanto à posição dos tratados internacionais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, valendo salientar, inclusive, que já teve a oportunidade de apreciar a situação do direito internacional convencional, não apenas no seu sentido clássico, mas também nas suas manifestações mais especializadas como direito internacional convencional especial (ou direito da integração, ou direito comunitário) e como direito internacional convencional humanitário. Frise-se que seu posicionamento é precedente ao que afinal restou consagrado expressamente no Texto Constitucional, guardando, entretanto, perfeita consonância com a norma superveniente.

Considerando que a própria Constituição Federal atribui ao Pretório Excelso a função primordial de zelar pela solidez e integridade das normas constitucionais, é certo que seus posicionamentos, acerca das matérias de índole constitucional, têm, ainda nos casos aos quais não se atribui efeito vinculante, o condão de orientar a atuação do restante da Magistratura nacional. Assim, o entendimento manifestado pelo STF é, de regra, reputado determinante nos julgamentos proferidos pelos demais Juízes e Tribunais. Trata-se de postura que não está associada à ausência de independência entre os componentes do Poder Judiciário, mas sim à necessidade de se garantir coerência na construção e interpretação do ordenamento jurídico, sobretudo quanto às suas normas fundamentais. Disso resulta que, em termos práticos, prevalece a posição pretoriana, independentemente das extensas e expressivas discussões doutrinárias sobre o assunto, sendo ela relevante na medida de sua capacidade arquitetônica e de oxigenação.

4.1. A colisão entre tratado e lei: a regra da paridade.

Cuida-se aqui de verificar a solução a ser dada, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, na hipótese de antinomia entre o tratado internacional e a lei interna infraconstitucional.

A ementa do caso-líder do Supremo Tribunal Federal, sobre a temática, segue transcrita:

CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS – AVAL APOSTO À NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.1.69.

Embora a convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito Interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

Sendo o aval um instituto do Direito Cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto.

Recurso extraordinário conhecido e provido.³⁷¹

Quando se trata de identificar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia conferida aos tratados no ordenamento jurídico nacional, o Recurso Extraordinário 80.004-SE é apontado como o precedente mais relevante. Nele se discutiu a validade do Decreto-Lei nº 427/69, diante da Convenção de Genebra sobre títulos de crédito, especificamente no tocante à necessidade de registro em repartição competente de nota promissória, como condição de validade e de persistência da responsabilidade do avalista. Restou vencedora, no caso, a corrente dualista.

Nos termos do voto do seu Relator, Ministro Xavier de Albuquerque, ficou destacado que estaria sendo reforçada a orientação jurisprudencial “no sentido do primado do Direito Internacional sobre o Direito Interno”. Para corroborar esse pensamento, o mencionado Ministro citou o professor Haroldo Valladão: “O saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal, Philadelpho Azevedo, depois Juiz da Corte de Justiça Internacional, afirmou assim, no artigo referido em que aproveitou um seu voto vencido (Ap. Civ. Nº 7.872, Arquivo Judiciário 69/14), afinal vencedor nos acórdãos acima citados, ser unânime a opinião dos ministros do Supremo Tribunal em prol do prestígio empenhado na palavra do País, escrita em Tratados, assim excluídos da revogação comum, ao menos do que decorrer apenas, implicantemente, de novas normas internas. V. no 1º acórdão citado acima, na Ap. Cível nº 8.332, estas palavras decisivas do então Ministro, depois Chief Justice, Orosimbo Nonato: Todavia ... parece-me que o Estado, vinculado, por Tratado, não pode citar lei alguma que contrariasse esse tratado. Enquanto não fizer a denúncia não pode ser descumprido o tratado e a obrigatoriedade de sua observância, a não ser que se use desse meio

371 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80004/SE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, Relator para o acórdão Ministro Cunha Peixoto, Brasília, DF, 01 jun. 1977. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 dez. 1977. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=80004&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=4&f=G>>. Acesso em: 17 jan. 2006. Negritos que não estão no original.

específico, acarreta a consequência de que o Estado continua preso ao tratado [...]”. Transcrita a doutrina, concluiu o Relator que “a referência que faz à jurisprudência do Supremo Tribunal, usa-a o mestre já citado para apoiar a assertiva de que a norma internacional tem sua forma própria de revogação, a denúncia, só pode ser alterada por outra norma de categoria igual ou superior, internacional ou supranacional, e jamais pela inferior, interna ou nacional (op. cit., p. 95)”. Ao final, apontou para o art. 98, do Código Tributário Nacional, para confirmar a prevalência das normas internacionais sobre as leis internas, bem como para a impossibilidade de revogação daquelas por estas.

Após o voto do Relator, os demais Ministros se manifestaram em variadas direções.

Em voto vista, o Ministro Cunha Peixoto – posteriormente consagrado Relator para o acórdão, haja vista a força condutiva da sua argumentação embasada em concepção dualista – ressaltou que a questão da hierarquia dos tratados deveria ser considerada frente ao direito constitucional de cada país, e que, no caso da Constituição brasileira, teriam sido fixadas normas diferenciadas para o processo legislativo e para a ratificação de tratados internacionais. Defendeu que o Congresso, através do Decreto nº 54, de 08.09.64, que ratificou a Convenção de Genebra, não teria transformado a “Lei Uniforme em Direito Positivo brasileiro, já que, como expresso no decreto, ficou aprovada a convenção para adoção da Lei Uniforme no Brasil e não sua vigência, naquele momento, no Brasil”. Negou, em seguida, vigência à Lei Uniforme, no ordenamento jurídico brasileiro. Caminhando em sua argumentação, afirmou que, ainda que fosse admitida a vigência da Lei Uniforme, não seria possível aderir à tese de que o legislador nacional estaria impedido de modificar as normas internacionais convencionais, mesmo porque “se a Lei Uniforme transformou-se em Direito Positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em superlei, em situação superior à própria Constituição brasileira”. Asseverou, ademais, que não existiria, na Constituição, “nenhum dispositivo que impeça o membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha a sua origem em um tratado”, bem como que se esse dispositivo existisse teríamos caracterizada uma inconstitucionalidade no fato de que “uma lei só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do tratado”. E concluiu: “Portanto, ou o tratado não se transforma, pela simples ratificação, em lei ordinária, no Brasil, ou, então, poderá ser revogada ou modificada pelo Congresso, como qualquer outra lei”. No referente ao art. 98, do Código Tributário Nacional, argumentou que apenas estariam incluídos no comando legal os tratados do tipo contrato, mas não os normativos. Afirmou, pois, a possibilidade de revogação da norma internacional pela lei interna.

Por outro lado, o Ministro Cordeiro Guerra destacou: “Mesmo no caso em que a Constituição manda incorporar ao Direito Interno as normas de Direito Internacional ou as disposições dos tratados, a recepção do Direito Internacional no quadro do Direito Interno não significa que o Corpo Legislativo fique impedido de editar novas leis contrárias ao disposto nos tratados. O único efeito de recepção do Direito Internacional no quadro do Direito Interno é de dar força de lei às normas jurídicas assim incorporadas à legislação. Neste caso, os tratados valerão como lei e nesta qualidade serão aplicados pelos tribunais, da mesma maneira, na mesma extensão e com a mesma obrigatoriedade próprias à aplicação do Direito Interno”. Demais disso, realçando a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratado, pelo STF, considerou que não seria possível limitar à denúncia internacional os meios de revogação dos tratados, reconhecendo a possibilidade de revogação também no âmbito interno: “quando muito, poderá, em face da derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno”.

O Ministro Leitão de Abreu citou precedente relatado pelo Ministro Oswaldo Trigueiro, para o qual não se mostraria razoável “que a validade dos tratados fique condicionada à dupla manifestação do Congresso, exigência que nenhuma das nossas Constituições jamais prescreveu”. Salientou, outrossim, que “dentro da orientação, a que me filio, de que os tratados-leis incidem diretamente, sem precisão de nova manifestação legislativa, que receba, formalmente, incorporando-as ao Direito Interno, as normas que neles figurem, não se suscita dificuldade quanto à sua eficácia de afastar a aplicação do Direito nacional, naquilo em que com elas incompatível. Reconhece-se, neste particular, sem vacilações, que os tratados-leis quebram o Direito local, quer se considerados a ele equiparados, em termos hierárquicos, quer *a fortiori*, se a ele, sob esse aspecto, reputados superiores”. Entendeu, contudo, que a lei posterior, incompatível com o tratado, não o revoga, sendo, pois, inaplicável o princípio da *lex posterior revogat priori*. Isso porque o tratado teria forma de revogação que lhe seria específica, por conta de sua natureza. Mas que “conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação que os tribunais são obrigados a fazer das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”.

Por fim, o Ministro Rodrigues Alckmin, seguindo os votos discordantes, avaliou que “à falta de norma constitucional que estabeleça restrição ao Poder Legislativo quando à edição de leis internas contrárias a tratados, enquanto não forem estes denunciados, princípios de escolas não justificam, na ordem positiva, o primado pretendido”.

Em síntese, segundo o Pretório Excelso, a teor do que dispõe o Texto Constitucional, os tratados internacionais encontram-se na mesma posição hierárquica das leis ordinárias, de modo que, da mesma forma que, uma vez inseridos no ordenamento nacional, revogam leis ordinárias anteriores que lhes sejam contrárias, podem deixar de ter eficácia em virtude da superveniência de lei ordinária regulando diversamente. Outrossim, a regra da especialidade se constitui em instrumento de definição de qual norma – dentre a interna e a internacional – pode ser invocada e produzir efeitos, internamente, no Brasil. Tudo nos termos do estabelecido pela Lei de Introdução ao Código Civil, no tocante ao regramento das antinomias normativas.

Em 1996, o STF, mais uma vez, confirmou seu posicionamento:

EXTRADIÇÃO - CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE CONCUSSÃO - DISCUSSÃO SOBRE MATÉRIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - DERROGAÇÃO, NESTE PONTO, DO CÓDIGO BUSTAMANTE (ART. 365, I, IN FINE), PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS - PROCESSO EXTRADICIONAL REGULARMENTE INSTRUÍDO - JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO REQUERENTE SOBRE OS ILÍCITOS ATRIBUÍDOS AO EXTRADITANDO - JULGAMENTO DA CAUSA PENAL, NO ESTADO REQUERENTE, POR TRIBUNAL REGULAR E INDEPENDENTE - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PENAL EXTRAORDINÁRIA CONCERNENTE AO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA - ACOLHIMENTO PARCIAL DA POSTULAÇÃO EXTRADICIONAL UNICAMENTE QUANTO AO CRIME DE CONCUSSÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. CÓDIGO BUSTAMANTE - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - O Código Bustamante - que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado - não mais prevalece, no plano do direito positivo interno brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicional venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado

(art. 365, 1, in fine). O sistema de contenciosidade limitada - adotado pelo Brasil em sua legislação interna - não autoriza, em tema de extradição passiva, que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito concernente aos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. Precedentes: RTJ 73/11 - RTJ 139/470 - RTJ 140/436 - RTJ 141/397 - RTJ 145/428. **PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS** - **Tratados e convenções internacionais** - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL - Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se - no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública - a possibilidade de deferimento da postulação extradicional.³⁷²

372 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 662/PU-Peru, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 28 nov. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 30 mai. 1997. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=extradi%E7%E3o+e+662&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFT&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>. Acesso em: 17 jan. 2006. Negritos que não estão no original.

A relevância desse precedente, julgado no Pretório Excelso em novembro de 1996, repousa, sobretudo, no fato de consistir na ratificação do entendimento firmado no RE 80.004-SE, que remonta ao ano de 1977 – antes, portanto, da CF/88.

Mostrou-se, o Relator, Ministro Celso de Mello, ciente das modificações ocorrentes em outros Estados, que adotaram regras mais amistosas em relação ao direito internacional – “É certo que já se registra no plano do direito comparado uma clara tendência no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas. É o que ocorre, por exemplo, na ARGENTINA (Const. de 1853, com a Reforma de 1994, Art. 75, n. 22), na HOLANDA (Const. de 1982, Art. 94), na FEDERAÇÃO RUSSA (Const. de 1993, Art. 15, n. 4), no PARAGUAI (Const. de 1992, Arts. 137 e 141) e na FRANÇA (Const. de 1958, Art. 55)”. Contudo, asseverou que o grande entrave, no Brasil, para o reconhecimento de eventual preferência do direito internacional sobre o direito interno estaria na lacuna constitucional sobre a matéria.

Assim, no caso concreto em julgamento, confirmada a paridade entre tratado e lei ordinária, bem como identificadas as regras de solução de conflitos entre eles – critérios cronológico e da especialidade –, entendeu o Relator que “qualificando-se o Estatuto do Estrangeiro como uma típica *lex specialis* em matéria extradicional, deve sobrepor-se, com eficácia derogatória, a todas as normas inscritas em convenções internacionais anteriores, que, como o Código Bustamante, hajam estabelecido normas gerais disciplinadoras do mesmo tema”.

Com a EC nº 45/2004, o legislador confirmou a tese acolhida pelo STF, ao permitir que aos tratados internacionais se imprissem a qualificação de emenda constitucional a depender de aprovação por quorum qualificado. Por conseguinte, se a idéia foi destacar a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos, às normas internacionais relativas a outras matérias apenas se poderia atribuir condição hierarquicamente inferior.

4.2. O conflito entre tratado e Constituição: a prevalência da supremacia constitucional.

Vários precedentes jurisprudenciais do STF podem ser citados como demonstrativos de seu posicionamento pela supremacia absoluta do Texto Constitucional. Opta-se, aqui, por transcrever dois precedentes, um anterior à Constituição Federal de 1988, e outro posterior ao início da vigência da referida Carta Política, sendo, este último, considerado o *leading case* na matéria:

ICM. Importação de bens de capital. Súmula 575 (inaplicação). Art. 23, II, § 11, da Constituição Federal. Se a

importação ocorreu na vigência da Emenda Constitucional nº 23/83, incide o ICM na importação de bens de capital. **Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna.** Recurso extraordinário conhecido e provido³⁷³.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/CO ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL

373 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.173/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Madeira, Brasília, DF, 27 fev. 1987. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 27 mar. 1987. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=109173&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006. Negritos que não estão no original.

BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

(ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei

complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)³⁷⁴.

Através da mencionada ação constitucional, buscava-se a declaração de inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo nº 68/92 e do Decreto nº 1.855/96, que, respectivamente, aprovou e promulgou a Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ao fundamento de que os arts. 4º a 10 da referida norma internacional, já incorporada ao direito interno, colidiriam com o art. 7º, I, da Constituição Federal, e com o art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aduziram, os requerentes, que estariam configuradas a inconstitucionalidade formal (na medida em que a norma guerreada não poderia atuar como sucedâneo de lei complementar, sendo esta a espécie normativa exigida pela CF/88 para a fixação das regras relativas à proteção do trabalhador contra a dispensa arbitrária) e a inconstitucionalidade material (haja vista que, enquanto a CF/88 previa apenas, na hipótese da

374 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1048/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 04 set. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 mai. 2001. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=1480&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=6&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006. Negritos que não estão no original.

despedida por iniciativa do empregador, a indenização compensatória, a norma internacional incorporada estabelecia a regra da reintegração compulsória).

Várias questões de relevância foram discutidas nesse precedente, sendo de se destacar: a) a identificação da norma em relação a qual se exercita o controle (diretamente, as normas internas de incorporação – decreto-legislativo e decreto – e, apenas por consequência, o texto convencional internacional); b) a admissibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pelo STF, de ato internacional já incorporado no ordenamento jurídico interno; c) a hierarquia atribuída à norma internacional no âmbito do ordenamento doméstico.

Pela relevância e clareza, impõe-se a transcrição literal de alguns trechos dos votos proferidos:

Voto do Ministro Celso de Mello:

[...]

A impugnação das normas convencionais só se faz por efeito sequencial, eis que a fiscalização de constitucionalidade na causa – ao incidir, corretamente, sobre os atos de direito interno referidos – estende-se, necessariamente, às normas convencionais que, por seu intermédio, foram introduzidas no ordenamento doméstico brasileiro.

[...]

Impõe-se reconhecer, desde logo, que a Convenção nº 158/OIT qualifica-se como **ato internacional de conteúdo essencialmente normativo**, veiculador de regras gerais, abstratas, impessoais, destinadas, enquanto consubstanciadoras de verdadeiras diretrizes de legislação – à observância dos Estados-Partes.

[...]

Registre-se, antes de mais nada, que os atos estatais impugnados nesta sede de controle abstrato compreendem o Decreto-Legislativo nº 68/92 e o Decreto nº 1.855/96, de cuja edição sucessiva resultou a definitiva incorporação, no plano do direito interno brasileiro, das normas consubstanciadas na Convenção nº 158/OIT.

As normas convencionais, portanto, agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro, expõem-se, em consequência ao pleno controle jurisdicional de constitucionalidade.

O exame desta última questão preliminar impõe reflexões que se fazem necessárias para efeito de reconhecer a possibilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal exercer, de maneira plena, o controle de constitucionalidade de normas de direito internacional, **quando já incorporadas, definitivamente, ao sistema normativo interno do Brasil.**

Na realidade, a fiscalização de constitucionalidade dos atos de direito internacional (*rectius*: dos atos estatais domésticos que incorporam as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno) qualifica-se, na perspectiva do sistema jurídico vigente no Brasil, como **consequência necessária que deriva da irrecusável supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro.**

Sabemos que o exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro – não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional.

A Constituição qualifica-se como estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. É essencial reconhecer, portanto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais impedirá a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira, ao contrário do que prevalece, *p.ex.*, no sistema normativo vigente em Portugal, cuja Constituição (1976) – com as alterações introduzidas pela Segunda Revisão Constitucional (1989) – excepcionalmente admite a incidência de normas formalmente inconstitucionais constantes de tratados internacionais (art. 277, n. 2): [...]

[...]

Vê-se, portanto, que já se esboça no plano do direito constitucional comparado, uma significativa tendência contemporânea que busca conferir verdadeira equiparação normativa aos tratados internacionais em face das próprias Constituições políticas dos Estados.

Essa, porém, não é a situação prevalecente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que prestigia, de maneira incondicional, a absoluta supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público.

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre tratado internacional e a Constituição da República impõe que se atribua, dentro do sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional. Daí a procedência da advertência de JOSÉ FRANCISCO RESEK [...].

[...]

Foi por essa razão – e tendo presente o absoluto primado da Constituição da República sobre os atos de direito internacional público – que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, atuando em sede de controle normativo abstrato (Rp. nº 803-DF), declarou a inconstitucionalidade parcial da Convenção nº 110 da Organização Internacional do Trabalho (RTJ 84/724, Rel. Min. DJACI FALCÃO).

O eminente Prof. CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entendeu conveniente enfatizar em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a necessária subordinação hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República:

[...]

O fato irrecusável, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que todos os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem necessariamente conformar-se com o domínio normativo da Constituição da República, pena de invalidade e de ineficácia das cláusulas convencionais.

[...]

A fiscalização jurisdicional de constitucionalidade dos atos de direito internacional público, desde que já definitivamente incorporados ao sistema de direito positivo interno do Brasil, compreende a possibilidade de contraste dos tratados internacionais, **tanto no plano do controle incidental (método difuso) quanto no plano do controle principal ou abstrato (método concentrado).**

[...]

Não obstante a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo tenha sido qualificada por CHARLES ROUSSEAU (“Droit International Public Approfondi”, p. 3/16, 1958, Dall Paris), no plano do direito internacional público, como mera “discussion d’école”, torna-se necessário reconhecer que o mecanismo de recepção, tal como disciplinado pela Carta Política brasileira, constitui a mais eloqüente atestação de que a norma internacional não dispõe, por autoridade própria, de exequibilidade e operatividade imediatas no âmbito interno, pois, para tornar-se eficaz e aplicável na esfera doméstica do Estado brasileiro depende, essencialmente, de um processo de integração normativa que se acha delineado, em seus aspectos básicos, na própria Constituição da República.

[...]

Sob tal perspectiva, o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executóriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreende a aprovação congressual e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada).

[...]

O exame da Carta Política promulgada em 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional que resolve, definitivamente,

mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto.

[...]

A Convenção nº 158/OIT, portanto, não sendo um texto normativo de aplicabilidade imediata, constitui, na realidade, uma fonte jurídica de princípios gerais, consubstanciadora de verdadeiro compromisso de legislar assumido pelo Brasil, em ordem a viabilizar no plano interno, segundo o modelo de seu próprio sistema constitucional, as diretrizes consagradas pelo instrumento convencional.

[...]

Impõe-se registrar, de outro lado – e já analisando a questão sob a perspectiva da inconstitucionalidade formal –, que a eficácia e a concretização das normas inscritas na Convenção nº 158/OIT estão necessariamente subordinadas à edição de ato legislativo interno que deverá revestir a forma de lei complementar, consoante explícita determinação fundada no art. 7º, da Constituição Federal.

Isso significa, portanto, que a Convenção nº 158/OIT, mesmo que se revestisse de auto-aplicabilidade, ainda assim não se revelaria legítimo conferir-lhe o necessário grau de eficácia no plano interno, eis que tratados e convenções internacionais – mesmo guardando relação de paridade normativa com as leis ordinárias – não podem reger matérias, sujeitas, por efeito de reserva constitucional, ao domínio normativo das leis complementares.

[...]

Sabemos que os atos internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Essa visão do tema foi prestigiada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 80.004-SE (RTJ 83/809, Relator p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto), quando se consagrou, entre nós, a tese – até hoje prevalecente na

jurisprudência da Corte – de que existe, entre tratados internacionais e leis internas brasileiras, mera relação de paridade normativa.

[...]

A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posterior derogat priori) ou, quando cabível, do critério da especialidade [...]

É certo que já se registra no plano do direito comparado uma clara tendência no sentido de os ordenamentos constitucionais dos diversos Países conferirem primazia jurídica aos tratados e atos internacionais sobre as leis internas [...]

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]

É preciso enfatizar, no entanto, que essa relação de paridade normativa entre o tratado internacional e os atos legislativos internos não se estabelece quando se tratar de lei complementar, posto que, em tal situação, as peculiaridades que caracterizam a lei complementar (conteúdo temático próprio e exigência de aprovação por maioria qualificada) derivam de expressa reserva constitucional que permite distinguir esse especial tipo legislativo das leis ordinárias em geral.

[...]

Voto do Ministro Carlos Velloso:

[...]

É que, celebrado o tratado ou a convenção pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII) e aprovado este ou esta pelo Congresso Nacional (CF, art. 49), dá-se a sua incorporação ao direito interno, incorporação que se faz,

tradicionalmente, mediante decreto do Presidente da República. Essa incorporação ocorre, de modo direto – já que a doutrina aqui adotada é a do monismo – na condição de norma infraconstitucional, vale dizer, na condição de lei. O que deve ser entendido é que a incorporação ocorrerá ou como lei ordinária ou como lei complementar.

A demonstrar que a lei é gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória, no sistema constitucional brasileiro, são espécies, e que o tratado é equiparado ao gênero e não a uma das espécies daquele, são as disposições constitucionais que estabelecem os pressupostos dos recursos extraordinário e especial, inscritas nos artigos 102, III, b e c, e 105, III, a, b e c, da Constituição. Lei, naquelas disposições constitucionais, é a lei ordinária, ou a complementar, ou a delegada ou mesmo a medida provisória. É que nas referidas disposições, a Constituição se refere ao gênero. E mais: o tratado, na alínea b, do art. 102, III, e na alínea a, do art. 105, III, a, é posto em situação equivalente à lei, como gênero.

Então, se, para a regulamentação de determinada norma constitucional, exige a Constituição lei complementar, e se, no trato da matéria, celebra o Presidente da República um tratado, tratado que vem, justamente, regulamentar matéria constitucional, dependente de lei complementar, aprovado esse tratado pelo Congresso Nacional e incorporado ao direito interno, por decreto do Presidente da República, essa incorporação que ocorre como lei, nesse caso, ocorrerá como lei complementar. [...]

A Convenção 158/OIT, pois, incorporou-se ao direito brasileiro como lei complementar. Não há que se falar, em consequência, presente as normas incritas no art. 7º, I, da CF, e art. 10, do ADCT, em inconstitucionalidade formal da Convenção 158/OIT.

[...]

Além dos [direitos e garantias fundamentais] que decorrem do regime e dos princípios adotados na Constituição, há os decorrentes dos tratados celebrados pelo Presidente da República e aprovados pelo Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII, art. 49, I). Referindo-se ao § 2º [do art. 5º], da CF, Celso Bastos registra que “a menção do parágrafo

em questão ao direito internacional como fonte possível de direitos e garantias deve trazer mudanças sensíveis em alguns aspectos de nosso direito”. E acrescenta o professor paulista que “não será mais possível a sustentação da tese dualista, é dizer, a de que os tratados obrigam diretamente os Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição pelo Legislativo de ato com força de lei, voltando a outorga de vigência interna aos acordos internacionais” (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, “Comentários à Constituição do Brasil”, Saraiva, 1989, II/396).

[...]

[...] A inconstitucionalidade material, não custa repetir, não ocorreria dado que a Convenção 158/OIT, na forma do disposto no § 2º, do art. 5º, da CF, incorporou-se à ordem jurídica brasileira de forma autônoma. É dizer, ela contém direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional da forma do que estabelece o § 2º, do art. 5º, da CF.

Voto do Ministro Nelson Jobim:

[...]

Bastaria, para burlar a exigência constitucional da maioria absoluta para tratar o tema, firmar um tratado internacional com um país vizinho.

Fixadas as regras do tratado internacional com um país vizinho, esse seria aprovado por um decreto legislativo do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, após a mensagem presidencial, por maioria simples.

[...]

Não podemos dar uma interpretação ao texto constitucional que importe em alterar a determinação constitucional.

Se a Constituição exigiu maioria absoluta para o trato de determinado tema, não se admite interpretação que viabiliza maioria simples.

Burla-se a proteção das minorias que a Constituição assegurou.

Em relação ao segundo aspecto do raciocínio do eminente Ministro Carlos Velloso, no que diz respeito à interpretação dada ao §2º do art. 5º, teríamos uma situação curiosíssima de interpretássemos de forma a entender que abrangeria também os tratados posteriores à edição da Constituição.

Além dos argumentos aduzidos pelo Ministro Moreira Alves, no sentido de que obteríamos emenda constitucional pela via do tratado, teríamos situações curiosas se ele fosse bilateral e outro país o denunciasse.

Se o considerássemos integrado à Constituição observaríamos uma situação, no mínimo estranha: formulado o tratado multilateral, se todos os países o denunciassem, só o Brasil não poderia fazê-lo porque ele haveria adquirido a condição de cláusula pétrea!

Voto do Ministro Maurício Corrêa:

Vou pedir vênias ao e. Min. Carlos Velloso porque não empresto o status de lei complementar à decisão tomada pelo Congresso Nacional, no sentido da aprovação da Convenção nº 158 da OIT, dado que aí haveria inversão na hierarquia dos procedimentos legislativos. Lei complementar é uma coisa e lei ordinária é outra. Agora, querer dizer que o Tratado, sendo aprovado por maioria simples, atende os requisitos da lei complementar, para mim, parece ir além do que está definido no próprio texto constitucional.

Voto do Ministro Marco Aurélio:

Por mais que me esforce, não posso colocar no mesmo plano o tratado, aprovado mediante maioria simples, e a lei complementar. Fazer-lo-ia no âmbito da eficácia, não há a menor dúvida, pois estão no mesmo patamar.

Voto do Ministro Néri da Silveira:

Tenho, realmente, dificuldade de acompanhar essa conclusão de S.Exa., não por considerar hierarquicamente superior a lei complementar em relação à lei ordinária, mas porque a nossa doutrina e jurisprudência, no tratamento que tem

dispensado às normas pactícias recebidas, não conferido a elas um caráter de simples norma ordinária.

Como a lei complementar é de previsão constitucional para regular determinadas matérias, penso que seria substituir o processo legislativo, introduzindo na ordem constitucional norma que disciplinasse a matéria com caráter de lei complementar, por uma via inteiramente diversa daquela que limitadamente a Carta prevê. Tenho, portanto, essa dificuldade.

Corroborou-se, destarte, com ainda maior vigor, o entendimento manifestado no RE 80.004-SE. O tratado, assim, no nosso ordenamento jurídico, segundo o STF, é equiparado à lei ordinária, de modo que não é possível admiti-lo quando regulador de matéria reservada, pela Constituição, à lei complementar, sob pena de violação ao devido processo legislativo. Essa compreensão guarda coerência com a regra disposta no § 3º, do art. 5º, da CF/88, com a novel redação dada pela EC nº 45/2004.

4.3. A situação dos tratados de integração.

Não obstante os esforços de numerosos doutrinadores, no sentido de demonstrar que os tratados pactuados no âmbito dos processos de integração têm uma natureza especial, dados os efeitos que pretendem alcançar, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a tais normas internacionais convencionais se aplica a mesma sistemática interpretativa empregada na consideração dos tratados em geral. A Corte Suprema afirma que, muito embora desejável, outra solução não se mostraria possível, na medida em que a Constituição Federal não fixa norma diferenciada de tratamento do direito internacional convencional da integração, apenas estabelecendo, de forma programática, no parágrafo único, do art. 4º, a necessidade de se promover a somação entre os Estados latino-americanos.

Nessa direção, merece menção a seguinte ementa:

MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA

DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. **PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS**

DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata).

- O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda

que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL³⁷⁵.

A ementa resultou do julgamento do Agravo Regimental interposto contra ato decisório do Presidente do Pretório Excelso, que negou *exequatur* a carta rogatória encaminhada pela Argentina, ato decisório este que se sustentou na impossibilidade de dar aplicação ao Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL de 1994, tendo em conta que o ato internacional não teria ainda sido incorporado ao ordenamento jurídico interno, em vista da ausência da necessária promulgação pelo Poder Executivo.

O agravante, em suas razões recursais, aduziu que “todos estes tratados [Tratado de Assunção, Protocolo de Ouro Preto, Protocolo de Brasília, Protocolo de Las Leñas, Protocolo de Medidas Cautelares], celebrados num intervalo de menos de vinte anos refletem uma única e mesma realidade normativa, evidente e eloquente: as relações interjurisdicionais entre os países irmãos do Cone Sul da América Latina, e especialmente entre Brasil e Argentina, não podem mais se pautar pelas mesmas regras jurídicas de 150 anos atrás. Ou melhor: de vinte anos para cá, pode-se dizer que o conceito de soberania cedeu mais e mais espaço para o princípio da cooperação e o reconhecimento mútuo da atuação legítima e não ofensiva da autoridade jurisdicional estrangeira”. Sustentou, ainda, que com a aprovação do Protocolo, pelo Congresso Nacional, através do Decreto-Legislativo nº 192/95, teria sido cumprido o exigido pelo Texto Constitucional Brasileiro (art. 84, VIII), de sorte que a norma internacional teria ingressado no ordenamento jurídico interno. Além da aprovação do Protocolo, pesaria também o fato de que o Estado brasileiro teria se obrigado na esfera internacional, haja vista que já teria ocorrido a ratificação do Protocolo

375 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279/AT-Argentina, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 17 jun. 1998. **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 10 ago. 2000. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d= SJUR&n=julg&s1=8279&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6= SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006. Negritos e grifos que não estão no original.

com o depósito do instrumento correspondente. Assim, embora não tivesse havido, ainda, a promulgação da norma internacional pelo Poder Executivo – mera formalidade – a norma internacional teria adquirido juridicidade (com a aprovação do Congresso Nacional), bem como eficácia plena (com a ratificação do documento na esfera internacional). Além disso, também teria sido preenchida a exigência da publicidade, haja vista que o texto do Protocolo e o do Decreto-Legislativo nº 192/95 já teriam sido publicados no Diário Oficial. Sustentou que a ratificação da norma internacional convencional teria particular relevância por se cuidar de um tratado mercosulino, “pois não se trata de um acordo isolado com um país longínquo, mas um acordo dinâmico e interativo com países vizinhos e amigos, inserido em uma vastíssima teia normativa, que visa a dar efetividade jurídica a um projeto político-institucional muito maior: em um primeiro momento, a constituição de um mercado comum (para o qual a segurança jurídica é fundamental); em um segundo momento, a construção de uma comunidade latino-americana de Estados (aliás, em cumprimento a expresso mandamento constitucional já acima transcrito – parágrafo único do artigo 4º)”. Por fim, enfatizou: “pode-se afirmar que a negativa do *exequatur* a medidas cautelares oriundas do Mercosul, em desconformidade com o pactuado pelo Estado brasileiro na esfera internacional, é que constitui uma verdadeira ofensa à ordem pública interna e internacional do país”.

Os argumentos, contudo, não convenceram os julgadores. Caracterizando o sistema brasileiro, como dualista moderado, por não exigir a edição de lei para fins de incorporação do direito internacional ao direito interno, mas apenas um procedimento que conjuga a aprovação pelo Poder Legislativo e a promulgação pelo Executivo, entenderam os Ministros do STF que, mesmo sendo, o Protocolo em questão, uma norma mercosulina, não prescindiria ela da promulgação pelo Presidente da República, através de decreto, mesmo porque no modelo constitucional brasileiro, a ratificação – ato de direito internacional – não bastaria, “por si só, para promover a automática incorporação do tratado ao sistema de direito positivo interno. É que, para esse específico efeito, impõe-se a coalescência das vontades autônomas do Congresso Nacional e do Presidente da República, cujas deliberações individuais – embora necessárias – não se revelam suficientes, para isoladamente, gerarem a integração do texto convencional à ordem interna”. Assim, “enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos comunitários, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípios do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata)”. Essa conclusão, de acordo, com o entendimento do STF, se impunha em virtude do vazio constitucional, no respeitante à matéria. Sinalizou, então, o Ministro Relator, para a necessidade de reforma do Texto Constitucional, se se pretende atribuir aos tratados comunitários aplicação direta, imediata e preferencial:

Reconheço que, tratando-se de princípios que compõem o direito de integração, e que regem as relações entre o direito nacional dos Estados-membros e a ordem jurídica comunitária, qualificam-se ambos – o princípio do efeito direto e o princípio da aplicabilidade imediata – como diretrizes essenciais à própria configuração institucional do espaço comunitário, pois tais postulados, em última análise, visam a tornar as regras comunitárias imediatamente invocáveis, em matéria de direitos e obrigações, pelos particulares, além de aplicáveis, desde logo, sem qualquer intermediação formal, no âmbito doméstico dos estados nacionais, tornando-as parte integrante de um sistema normativo que deve incidir, notadamente pela atuação do juiz nacional (que é o juiz comunitário de direito comum), no território de cada um dos Estados-membros.

Essa percepção – que reconhece, nas normas de direito comunitário, aptidão para, desde logo, atribuírem direitos e incorporarem obrigações a particulares, que poderão invocá-la, diretamente, perante os Tribunais nacionais, independentemente de qualquer procedimento estatal de incorporação prévia (FAUSTO DE QUADROS, ‘Direito das Comunidades Européias e Direito Internacional Público’, p. 415, item n. 11, ‘b’, 1991, Lisboa) – reflete-se em autorizado magistério doutrinário, cuja análise do tema ressalta que o sentido inerente ao princípio do efeito direto representa um clamor e radical afastamento dos padrões clássicos segundo os quais as regras de direito internacional público, além de destinadas, exclusivamente, às soberanias estatais, somente seriam aplicáveis aos particulares ‘através da mediação do Estado’ (MARIA TERESA CÁRCAMO LOBO, ‘Ordenamento Jurídico Comunitário’, p. 50, item n. 3, 1997, Del Rey; ROBERTO LUIZ SILVA, ‘Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário’, p. 190, item n. 2.3, 1995, Del Rey; MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, ‘Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano’, p. 68/70, 1994, Depalma, Buenos Aires; JOÃO MOTA DE CAMPOS, ‘Direito Comunitário’, vol. II/171-178 e 225-246, 3ª ed., 1990, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa; P S F R MATHIJSEN, ‘Introdução ao Direito Comunitário’, p. 410-414, 1991, Coimbra Editora, v.g.).

Isso significa, portanto, em tema de aplicabilidade dos atos internacionais, que, sob a égide do modelo constitucional

brasileiro, e mesmo cuidando-se de pactos de índole comunitária ou de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção dos tratados internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.

Embora altamente desejável a modificação do sistema de direito constitucional positivo brasileiro, para ajustá-lo às novas exigências que emergem da experiência comunitária, não se pode desconhecer que, enquanto não sobrevier a reforma de nossa Carta Política, no ponto em exame, tornar-se-á inviável pretender que convenções celebradas pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL revistam-se de eficácia direta e de aplicabilidade imediata, prescindindo, em consequência, do mecanismo tradicional de incorporação.

Impõe-se considerar, ainda, um outro aspecto, de inquestionável relevo jurídico, que diz respeito à própria natureza das regras consubstanciadas nos instrumentos e nos atos celebrados no âmbito do MERCOSUL.

É que há autores – como José Francisco Rezek [...] – que sustentam, na perspectiva de uma análise de caráter estritamente técnico-jurídico, que, no MERCOSUL, ainda não existe um verdadeiro direito comunitário, posto que as convenções celebradas sob a égide do Mercado Comum do Sul qualificam-se, no presente estágio do seu desenvolvimento institucional, como instrumentos de direito internacional público, sujeitos, por tal específica razão, ao procedimento formal de prévia recepção estatal [...]

[...]

O fato irrecusável é um só: o ordenamento constitucional brasileiro ainda não consagra qualquer solução que permita a recepção plena e automática das normas de direito internacional, mesmo daquelas que, elaboradas no contexto da experiência de integração regional,

representam a expressão formal de um verdadeiro direito comunitário. (negritos que não estão no original)

As razões do posicionamento firmado levam a crer que, para o Pretório Excelso, o direito da integração também não teria prevalência em relação ao direito interno, encontrando-se em situação infraconstitucional e de paridade com as leis ordinárias, assim como o direito internacional convencional clássico.

4.4. O entendimento quanto ao Direito Internacional Convencional Humanitário.

No que concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, não obstante a previsão do § 2º, do art. 5º, da Constituição, antes da EC nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal entendeu – numa análise inicial – que a Constituição Federal prevalece em face de tratados, inclusive, de direitos humanos, que dispusessem contrariamente a ela. Atribuiu, destarte, a tais tratados, estatura infraconstitucional. Além do mais, alguns dos seus Ministros equiparavam os tratados internacionais de direitos humanos às leis ordinárias (regra da paridade), ao passo que outros reconheciam a sua natureza especial.

Observe-se a seguinte ementa:

‘HABEAS-CORPUS’ PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL DECRETADA EM AÇÃO DE DEPÓSITO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE (ART. 66 DA LEI Nº 4.728/65 E DECRETO-LEI Nº 911/69): ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA), DECR. Nº 678/92. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. I - Preliminar. Questão nova: prescrição. O Tribunal “a quo” não pode ser considerado coator quanto às questões que não lhe foram submetidas e, neste caso, a autoridade coatora continua sendo o Juiz de primeiro grau: incompetência do Supremo Tribunal Federal. “Habeas-corpus” não conhecido nesta parte. Precedentes. II - Mérito. 1- A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2- Os arts. 1º (art. 66 da Lei nº 4.728/65) e 4º do Decreto-lei nº 911/69, definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário

fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3- A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4- **Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica, (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.** 5- “Habeas-corpus” conhecido em parte e, nesta parte, indeferido³⁷⁶.

No caso, tratava-se de *habeas corpus* impetrado em virtude de decisão que teria determinado a devolução de bem, adquirido através de alienação fiduciária, ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão. Defendeu, o impetrante, que a prisão seria ilegal e inconstitucional, na medida em que o alienante fiduciário não poderia ser equiparado ao depositário infiel, bem como que a prisão do depositário infiel não teria sido contemplada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

No seu voto mérito, o Ministro Relator reportou-se ao voto por ele proferido no HC 72.131-RJ³⁷⁷:

Senhor Presidente, não empresto ao artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do § 2º do artigo 5 da CF, sobre os direitos e garantias concedidos pelo ordenamento constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte.

376 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73044/SP. Segunda Turma, Relator Ministro Mauricio Correa, Brasília, DF, 19 mar. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 20 set. 1996. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&sl=73044&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006. Negritos que não estão no original.

377 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72131/RJ, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 23 nov. 1995. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&sl=72131&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=8&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006. Negritos que não estão no original.

Elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior.

Uma norma decorrente de tratado, face à Constituição, pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade, e pois sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal. No caso específico do artigo 7º, item 7, da mencionada Convenção, a referência que o texto faz é sobre dívida na sua acepção vernacular comum, daí a adesão do Brasil mediante a expedição do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, já em vigência a Carta de 88. (negritos que não estão no original)

Manifestando-se no HC 73.044-SP, o Ministro Marco Aurélio acompanhou o Relator, mas ressaltou o seu entendimento pessoal sobre a matéria, nos termos de voto proferido em outros autos. Segundo ele, tratados internacionais de direitos humanos encontravam-se na mesma hierarquia da lei ordinária (paridade):

Ainda que se pudessem colocar em plan secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, que para mim não a prevê, mas do Decreto-Lei nº 911/69, já não subsiste na ordem jurídica interna em vigor, porquanto o Brasil, mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. É certo que somente o fez cerca de vinte e dois anos após à formalização. Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo primeiro do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém. Ora, o inciso VII do artigo 7º revela que “ninguém deve ser detido por dívida”. Este princípio não limita, os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Constata-se assim que a única exceção contemplada corre à conta de obrigação alimentar. A promulgação sem qualquer reserva atrai, necessariamente e no campo legal, a conclusão de que hoje somente subsiste uma hipótese de prisão por dívida civil, valendo notar a importância conferida pela Carta de 1988

aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. A teor do disposto no § 2º do artigo 5º, tais documentos geram direitos e garantias individuais: [...]

De qualquer forma, no magistério de Francisco Rezek, veiculado em Direito dos Tratados, uma vez promulgada, a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da lei ordinária. Assim, a nova disciplina da matéria, ocorrida a partir de 6 de novembro de 1992, implicou a derrogação do Decreto-Lei nº 911/69, no que se tinha como abrangente da prisão civil na hipótese de alienação fiduciária. O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, limitador de prisão por dívida passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enfoques em contrário, relativamente a essa última, até então em vigor.

A não se entender desta forma, assentar-se-á a convivência de dispositivos conflitantes: o primeiro, o do Decreto-Lei nº 911/69 relativo à possibilidade de chegar-se à prisão por dívida no caso de financiamento, simples financiamento, mediante alienação fiduciária, o segundo, em vigor a partir de 1992 **e, portanto posterior**, cotendo o limite exaustivo à citada prisão, jungindo-a apenas às obrigações de alimentar. A óptica discrepa da ordem jurídica em vigor. **Reconhecida a igualação dos diplomas – tanto o Decreto-Lei quanto a Convenção estão no âmbito da legislação ordinária – forçoso é concluir que a última, disciplinando a matéria de forma contrária, resultou na revogação do primeiro.** (grifos e negritos que não estão no original)

Por outro lado, no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 79.785-RJ³⁷⁸, onde se discutia a aplicabilidade de regras contidas no Pacto de São José da Costa Rica, frente ao § 2º, do art. 5º, da CF/88, posicionou-se o Plenário do STF, no sentido da infraconstitucionalidade dos tratados. Delimitando a questão em exame, o Ministro Relator esclareceu: “a questão é saber, da perspectiva do juiz nacional, se as convenções de que decorrem direitos e garantias fundamentais do indivíduo, aplicáveis independentemente de intermediação normativa dos Estados pactuantes, têm hierarquia constitucional e conseqüente força ab-

378 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79785/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 mar. 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 22 nov. 2003. Disponível em: <<http://gemin1.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=79785&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

rogatória da Constituição, de modo, por exemplo, a nela inserir o princípio questionado do duplo grau de jurisdição”.

Inicialmente, ficou consignado, pelo Relator, que participava do entendimento unânime do Tribunal acerca da prevalência da Constituição sobre qualquer norma internacional convencional, tendo citado também, em seu apoio Francisco Rezek (**Direito Internacional Público**, Saraiva, 1989, p. 103) e Augusto Cançado Trindade (**Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos no plano nacional e internacional, em Arquivos de Direitos Humanos**, 2000, 1/3, p. 43).

Asseverou, ademais, que o fato de reconhecer a estatura infraconstitucional dos tratados de direitos humanos não implicaria, de logo, em admitir que os referidos tratados deveriam ser hierarquicamente equiparados às leis ordinárias. Destacou:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, Teoria Geral, cit, p. 255).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade [...], pela ilustrada Flávia Piovesan [...] – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas, até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (grifos e negritos que não estão no original)

O Ministro Moreira Alves, por outro lado, ao pronunciar-se, analisou (destaques nossos):

Tenho sérias dúvidas quanto a uma proposta do eminente Relator que é a de se considerar que, em face do disposto

no § 2º do artigo 5º da Constituição, possa haver hierarquia entre a lei ordinária e os tratados internacionais sobre direitos humanos, e isso porque a Carta Magna só prevê um tipo de hierarquia entre os atos infraconstitucionais e a própria Constituição. E tanto isso é verdade que quando se criou, no processo legislativo, a lei complementar se chegou a considerar, de início, que ela seria hierarquicamente superior à lei ordinária, para, depois, em face da dificuldade de se ficar no terreno da legalidade quando a lei ordinária se chocasse com a lei complementar, o que levaria à conclusão de que aquela seria ilegal perante esta, tendo assim uma contradição em termos (lei ilegal), se passar a entender, o que é correto, que esse choque acarretaria invasão inconstitucional da competência da lei ordinária que dispusesse sobre matéria privativa da lei complementar, o mesmo não ocorrendo se esta ou algum de seus dispositivos dissesse respeito a matéria de competência da lei ordinária, pois desta se considerariam aquela ou aquele.

Com relação a esse § 2º do artigo 5º da Constituição, parece-me que se pretendeu com ele constitucionalizar os tratos internacionais a respeito anteriores à promulgação da Carta Magna, uma vez que os posteriores a ela não podem ser equiparados a emenda constitucional.

[...]

De qualquer forma, não me parece que haja hierarquização entre normas infraconstitucionais em face do sistema de nossa Carta Magna. Ademais, em se tratando de Tribunal Penal Internacional **há o aspecto, que é grave, da possibilidade de discriminação entre nações poderosas e as que não o são.**

Os grandes destaques das discussões são representados, justamente, pelos trechos dos votos acima transcritos. De um lado, a inegável importância do § 2º, do art. 5º, da CF/88, expressa e inovadoramente destacando os tratados internacionais de direitos humanos, a ponto de levar o Ministro Sepúlveda Pertence a suscitar a possibilidade de reconhecimento da suprallegalidade dessas normas internacionais, mantida, contudo, a infraconstitucionalidade. De outro lado, a preocupação do Ministro Moreira Alves, com os elementos não-jurídicos envolvidos nas regulações internacionais, sobretudo pela “possibilidade de discriminação entre nações poderosas e as que não o são”.

O RHC 79.785-RJ em comentário adotou a seguinte ementa:

1. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal.

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.

II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de

eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias.

4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.

III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição.

1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu.

2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar.

3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

Veja-se também:

Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- Esse entendimento voltou a ser afirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482.

- Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.

- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido³⁷⁹.

Por outro lado, quanto ao art. 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”³⁸⁰ – Alexandre de Moraes, entendendo tratar-se de norma constitucional com eficácia plena, cita, em sentido diverso, precedente do Pretório Excelso, no qual ficou consignado:

‘Na realidade, o preceito constitucional transitório em questão (ADCT/88, art. 7º), intimamente vinculado ao princípio que proclama a prevalência dos direitos humanos, visa a enfatizar uma das diretrizes fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil com outros Estados (CF, art. 4º, II). Não obstante a importância político-jurídica de que se reveste essa solene proclamação constitucional, a norma que recomenda ao Estado brasileiro a adoção de medidas tendentes a instituir um ‘tribunal internacional dos direitos humanos’ (ADCT/88, art. 7º) – embora qualificando-se como relevantíssima diretriz de política internacional – tem sido interpretada por alguns doutrinadores como regra destituída de qualquer força cogente’ (STF – Pleno – MS nº 22.483-5/DF – Rel. Min. Celso de Mello).³⁸¹

Com a EC nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos poderão ter natureza de emenda constitucional, tratando-se de reconhecimento evidente da correção da regra da paridade.

379 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 355438/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 15 out. 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 29 nov. 2002. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&sl=355438&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 19 jan. 2006. Com negritos nossos.

380 MORAES, Alexandre de (org.). *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 226.

381 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2099.

4.5. A adequabilidade do entendimento firmado pela “Corte Constitucional” e as perspectivas frente ao desenvolvimento da noção de subsidiariedade.

Data venia dos entendimentos em contrário, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal não parecem, em tudo, desacertados e criticáveis. E a EC nº 45/2004 chancela essa afirmação.

Inicialmente, é de se evidenciar que ao Pretório Excelso compete zelar pelo Texto Constitucional, conferindo-lhe inclusive a interpretação mais adequada, segundo técnicas interpretativas distintas daquelas que se aplicam à legislação infraconstitucional. Assim, se a Constituição determina, expressa (textualmente) ou implicitamente (segundo os valores e preceitos fundamentais que consagra), uma determinada conduta, dela não se pode desviar o Supremo Tribunal Federal, sob pena de a ele ser imputada a responsabilidade pelo comprometimento da unidade e da integridade do Estado e, pois, da sociedade que este representa. Frise-se que essa visão da Constituição, como estrutura fundadora, conformadora e confirmadora da organização política e social, é inerente a todos os Estados democráticos de direito. Como diz CANOTILHO, “o Estado só se concebe hoje como **Estado constitucional**”³⁸². Disso decorre a importância da Constituição, que define as bases fundamentais sobre as quais se sustenta, se desenvolve e se justifica o Estado, bem como a relevância, do Tribunal ao qual se atribui, precipuamente, a obrigação de proteger essa identidade. Destarte, o Pretório Excelso tem por encargo dar cumprimento ao Texto Constitucional.

É certo que se exige que a Constituição seja vista não apenas em sua rigidez, mas também segundo uma concepção flexível, admitindo-se espaços abertos – de atualização e adaptação – para a acomodação de mudanças. É também certo que uma das principais funções da hermenêutica jurídica consiste na sua capacidade de, sem alteração de texto, oxigenar e renovar a norma, com o afastamento de anacronismos. Mas é igualmente correto que flexibilização e renovamento da norma encontram limites nos valores e princípios fundantes do ordenamento jurídico. Assim, não se apresenta possível, ao Julgador Constitucional, asseverar a existência de novos mecanismos de regência e de solução de conflitos, ou efetuar uma leitura diferente da norma, quando tais conclusões não encontram respaldo na Constituição, considerada esta em sua completude, como um sistema, no qual as normas (regras e princípios) se relacionam e se condicionam reciprocamente, bem como interagem com os valores essenciais que nortearam o Poder Constituinte, sendo por eles também condicionadas. Assim, em havendo norma constitucional expressa, determinando uma única solução, não poderá o STF negar vigência ao dispositivo constitucional, decidindo de forma diversa. De igual modo,

382 CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.], p. 92.

inexistente norma constitucional explícita (escrita no Texto Constitucional) que regule determinada situação, ao STF competirá aferir, através das normas existentes e/ou dos valores e princípios estruturais fundamentais, a solução a ser apresentada, não podendo deles se afastar.

Em relação à paridade entre lei infraconstitucional e tratado internacional, com a conseqüente definição de uma preferência entre eles segundo critérios de ancianidade e especialidade, outra não poderia ser a conclusão do Pretório Excelso. A Constituição Federal de 1988 – assim como qualquer das anteriores – não previu, originariamente (leia-se antes da EC nº 45/2004), regra específica acerca da posição hierárquica conferida aos tratados no ordenamento jurídico interno. Trata-se de regra especializada, de inequívoco conteúdo constitucional, haja vista a natureza das relações que pretende regular, e, portanto, da Constituição deve ser extraída, ainda que não explicitada no Texto Constitucional. Naquele momento, nenhum dos dispositivos constitucionais – e o artigo destinado à regência das relações internacionais é particularmente lacunoso – permitia concluir pela preferência dos tratados em geral, sobre a lei infraconstitucional (supralegalidade). Ao contrário, consoante normalmente se aponta, ao referir-se aos tratados, como tipo normativo, a Constituição, de regra, menciona, em seguida, a lei, como se pretendendo apontar para a equiparação entre os dois. Ao lado desse argumento – considerado insuficiente para fazer supor a paridade pretendida – outro parece ter maior robustez e concerne à própria omissão, até antes da EC nº 45/2004, do Legislador Constitucional.

É certo, como visto em linhas atrás, que nos Anteprojetos da Constituição de 1988 constavam regras expressas acerca da relação entre direito interno e direito internacional. No Anteprojeto apresentado pela Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, propunha-se a regra da supralegalidade dos tratados (“o tratado revoga a lei, mas não é por ela revogado”). Por outro lado, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, construiu-se Anteprojeto pelo qual os tratados deveriam se sujeitar à revogação por lei nova ou por emenda constitucional. Nenhum dos dois textos foi aproveitado na redação final da Constituição.

A não inclusão, no Texto Constitucional, em origem, da regra da supralegalidade dos tratados – não obstante tivesse sido objeto de proposta –, leva à compreensão de que aos tratados não se pode conferir preponderância, em desprestígio da lei interna. Teve, o Legislador Constitucional, a possibilidade de fazer constar na Constituição a primazia dos tratados internacionais. Mas, não o fez. Poder-se-ia argumentar, entretanto, que da mesma forma que o Legislador Constitucional não inseriu a regra da primazia do direito internacional convencional, também não consagrou ele a idéia de paridade. Assim, pelo raciocínio de que a omissão pressuporia a opção adotada pela Constituição, ela também não teria aderido à regra da paridade. Tal argumento seria razoável se, à época das discussões em torno do texto da Constituição de 1988, não

fossem conhecidas as conclusões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, sobretudo em face da repercussão do resultado proferido do RE 80.004-SE (1977). De fato, se era sabido que o STF negava o caráter suprallegal dos tratados, situando-os em paridade com as leis ordinárias e admitindo a revogação da norma convencional por lei ordinária posterior, com fundamento unicamente na lacuna do Texto Constitucional, a inação do Legislador Constitucional implica em reconhecer a correção – pelo menos no momento – do posicionamento pretoriano. Se o referido Legislador tivesse a pretensão de ver remodelado o entendimento do STF, de sorte a afastar o argumento da ausência de previsão constitucional, teria fixado regra expressa em sentido contrário. De outro lado, se não estabeleceu expressamente a regra da paridade, foi porque entendeu desnecessário.

Saliente-se, outrossim, que, quando o Legislador Constitucional quis atribuir originariamente algum tipo de preferência ao direito internacional convencional, deixou entrever a preponderância, em regra escrita específica, consoante se observa no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos (§ 2º, do art. 5º da Constituição de 1988). Se o referido dispositivo concedeu aos tratados de direitos humanos *status* de norma constitucional, e, por conseguinte, também suprallegalidade – conforme entende parte da doutrina –, as demais normas internacionais convencionais, não circunscritas a essa matéria, integrariam o ordenamento interno em condições de paridade com a lei ordinária.

Observe-se que os Tribunais brasileiros atuam como juízes nacionais que são, decidem para o ordenamento jurídico interno, acerca de normas que, no seu âmbito, incidirão. Assim, se, no caso concreto, julga-se pela aplicação de uma lei ordinária posterior, em detrimento de uma norma internacional convencional já incorporada antecedentemente à ordem jurídica interna, não se está desconstituindo o tratado na ordem jurídica internacional, mas se está afirmando a inaplicabilidade daquele tratado na ordem interna. Internacionalmente, o tratado continua válido e vigente, e o Estado apenas poderia dele se desvincular através da forma prevista, para tanto, pelo ordenamento internacional (denúncia). Na ordem interna, contudo, o tratado não mais se aplica por incompatível com a lei posterior. O descumprimento do tratado poderia ensejar, na esfera internacional, a responsabilidade internacional do Estado inadimplente, mas, internamente ao Estado, o não cumprimento seria decorrência unicamente de sua inaplicabilidade, e não de violação à norma exigível.

Quanto à supremacia da Constituição, em prejuízo dos tratados internacionais, pode-se asseverar que não se trata de entendimento restrito à “fechada concepção” – segundo nomeiam alguns – do Poder Judiciário brasileiro. Em todos os Estados, cujos ordenamentos jurídicos foram objeto de consideração, no item deste trabalho destinado ao Direito Comparado,

apreende-se a preponderância da Norma Constitucional. Tanto é assim, que qualquer limitação a essa superioridade da Constituição deve decorrer do próprio Texto Constitucional – no caso britânico, submete-se à forma do *Act of Parliament* –, motivo que ocasionou as reformas parciais das Constituições de alguns Estados europeus, com vistas a permitir o seu ingresso na União Européia. Mesmo após as reformas constitucionais empreendidas, esses Estados deixam clara a idéia de que, se o direito internacional comunitário violar os valores e princípios fundamentais da Constituição, a esta deve-se garantir primazia, ainda que contrariando as normas comunitárias. Assim, se o Estado brasileiro pretender conferir prevalência aos tratados internacionais, em detrimento da Constituição, tal deve ser feito pela via legislativa, com inserção de previsão constitucional nesse sentido e mesmo assim de forma limitada. Caso contrário, ao STF não restará outra alternativa a não ser considerar a supremacia constitucional sobre toda e qualquer outra norma. “Tal o postulado [supremacia das normas constitucionais sobre as normas internacionais] que, por toda a parte, se proclama, salvas raríssimas exceções; e é ainda, no estágio actual da vida jurídico-internacional, o que deve valer perante as normas de Direito Comunitário”³⁸³.

No que se refere aos tratados de integração – com destaque, no nosso caso, para os concluídos no âmbito do MERCOSUL –, o posicionamento adotado pelo Pretório Excelso – reportamo-nos, aqui, à Carta Rogatória 8.279/ Argentina – também não parece incorreto, não obstante uma de suas premissas tenha sido mal colocada. Não há reparos a fazer, no tocante à exigibilidade de cumprimento do *iter* procedimental previsto para a incorporação da norma internacional no ordenamento interno. Assim, a falta de promulgação do ato normativo internacional pelo Presidente da República (com a edição do correspondente decreto)³⁸⁴, após a aprovação do Congresso Nacional, impede ao Poder Judiciário a aplicação do referido ato, porquanto não cumpridas todas as etapas constitucionalmente estabelecidas para o ingresso da norma internacional convencional no ordenamento jurídico nacional, ainda que ela já tenha sido ratificada internacionalmente. Por certo, esse entendimento contrasta com o art. 46, da Convenção de Viena, o que, contudo, não é empecilho ao reconhecimento, pelo juiz nacional, do defeito de forma a inviabilizar a aplicação da norma convencional. Novamente, é de se evidenciar a vinculação do STF às disposições constitucionais. Não havendo previsão constitucional, acerca da aplicabilidade direta e imediata dos tratados resultantes dos processos de integração regional, não há como a eles garantir tratamento diferenciado

383 MIRANDA, Jorge. **Direito Internacional Público I**. Apointamentos das aulas do 2º ano jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991, p. 237.

384 Vale salientar que a promulgação do tratado pelo Presidente da República, através de decreto, não se constitui em mera praxe, consoante asseveram alguns doutrinadores, decorrendo mesmo da própria sistemática constitucional. V. FRAGA, Miriô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno. Estudo Analítico da Situação do Tratado da Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 62-63.

daquele previsto para os tratados em geral. Não se pode diferenciar naquilo que a Constituição não diferencia. Importante observar os reflexos desse entendimento na questão da preferência entre direito interno e direito da integração.

Relevante argumento em favor da primazia do direito da integração é o que lança luzes ao parágrafo único, do art. 4º, da CF/88. O STF, segundo se viu, entende que a referida norma é meramente programática, e, portanto, que ela não autoriza a aplicação direta e imediata das normas internacionais convencionais “comunitárias”. Com muito mais razão e de modo coerente com a posição assumida pelo STF, a mencionada norma também não autorizaria a conclusão pela primazia dos tratados que decorrem do Mercado Comum do Cone Sul. Contra este entendimento, tem peso a alegação de que a construção do projeto de integração entre os Estados latino-americanos, como abonado constitucionalmente, pressupõe e exige, necessariamente, a construção de um ordenamento jurídico comum e superposto às ordens jurídicas internas dos Estados.

De fato, o desenvolvimento do processo de integração regional pressupõe sua efetivação jurídica, que seria alcançada, inclusive – **mas não apenas e de logo, adiante-se** –, pela previsão de preeminência das normas comunitárias sobre as de direito interno. Assim, não se pode negar a razoabilidade da tese de que, embutida na autorização constitucional para a formação de uma comunidade de Estados latino-americanos, esteja também a autorização para a concentração de esforços na construção de um ordenamento jurídico efetivador. Convivência requer norma, sob pena de se tornar inviável.

Entretanto, não se mostra razoável pretender extrair, do texto do parágrafo único, do art. 4º, da CF/88, autorização constitucional no sentido de aplicação direta, imediata e com supremacia do direito da integração, especificamente, face à nossa realidade integrativa, das normas mercosulinas. É lógico que inserida, na permissão constitucional para dar início ao processo de integração, está a autorização para elaborar normas que venham a estruturar, organizar e apresentar mecanismos de prossecução da empreitada, em comum acordo com todos os Estados que venham a compor a comunidade de interesses. Mas também é evidente que não se atribuiu, de pronto, uma tal amplitude a essas normas, ou seja, não se pressupôs, desde já, que deveriam ser normas com aplicabilidade direta, imediata e súpera. Essas características, pelas próprias reverberações que ocasionariam no ordenamento jurídico nacional, teriam que vir expressas. Ou, de outro lado, o dispositivo constitucional, se pretendesse conceder tratamento especial ao direito da integração, não teria sido tão vago.

Por fim, quanto à natureza do direito de integração do MERCOSUL, invocada também pelo STF, para negar a aplicabilidade direta e imediata das normas mercosulinas, na medida em que não teriam índole de direito comunitário, mas de mero direito internacional, submetendo-se, destarte, ao tratamento dado

aos tratados em geral, temos que não se mostrou um bom argumento. De fato, o processo de integração do Cone Sul é ainda incipiente, inclusive em nível normativo. Tanto que se costuma diferenciar a União Européia e o Mercosul, asseverando que, na primeira, existiria um direito comunitário, e, no segundo, apenas um direito internacional especial. O Mercosul não possui um direito comunitário justamente porque suas normas não têm aplicabilidade direta e imediata. Aplicabilidade direta e imediata é característica inerente do direito comunitário. Se o direito mercosulino tivesse aplicação direta e imediata, ele seria um direito comunitário. Assim, o argumento do STF, da forma como explicitado, é redundante. Em outros termos, o elemento utilizado como fundamento para decidir (inexistência de direito comunitário) confunde-se, por idêntico, com a conclusão que pretende gerar (inexistência de aplicabilidade direta e imediata). Portanto, nada esclarece. Elucidaria se o sentido fosse o da gradual sensibilização do legislador nacional à superioridade do direito da integração, consoante a progressividade do processo de cooperação interestatal.

O que foi dito até agora conduz à conclusão de que não se trata – a impossibilidade de reconhecimento da primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno – de um problema produzido e mantido pelo Poder Judiciário, mas sim de uma questão não resolvida – ou mal resolvida – pelo Poder Legislativo, a quem cabe efetivamente produzir norma. Ainda que se reconheça ao Supremo Tribunal Federal a autoridade para interpretar as normas constitucionais, aproximando-as da realidade que pretendem regular, adequando-as, ao máximo, às necessidades emergentes, está ele coarctado pelo sentido que se atribuiu aos dispositivos constitucionais, quando de sua elaboração, a teor dos valores e princípios inspiradores da ordem constitucional.

De todo modo, é verdadeiro que o atual tratamento do direito da integração, na ordem jurídica brasileira, não se coaduna com o princípio do subsidiariedade, calcado nas idéias de interação, complementação e parceria. Indispensável se mostraria previsão constitucional acerca da preferência que se deveria atribuir ao direito da integração enquanto norma dirigente dos interesses da comunidade, situados estes em esfera distinta dos interesses nacionais. Assim, a primazia não resultaria de considerações em torno da fonte ou origem da norma, mas do objeto a ser regulado (primazia por especialidade), respeitadas sempre as bases essenciais dos sistemas nacionais. Rememore-se que, em outras circunstâncias, houve a inserção do princípio da subsidiariedade na Constituição Federal. De fato, quando da última grande reforma administrativa levada a efeito pelo Estado brasileiro, através de emenda constitucional, observou-se o perfilhamento do “terceiro setor”, como instrumento de partilha, com a iniciativa privada, das obrigações e responsabilidades sociais, antes concentradas unicamente no Estado. Alteração constitucional também se imporia, se assim fosse conveniente e almejado, para fins de consagração da

subsidiariedade como princípio de regência da relações internacionais, com a atribuição de preferência ao direito da coativa no Estado brasileiro ou de violação dos seus princípios e valores fundamentais.

Conclusão: Constituição e equilíbrio.

Sinteticamente, pode-se asseverar que, segundo se apreende da Constituição Federal de 1988 – de acordo com a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal –, os tratados internacionais caracterizam-se pela infraconstitucionalidade e pela paridade em relação às leis ordinárias, salvo agora (com a EC nº 45/2004), em que se admite a dimensão de emenda constitucional. Assim, não se admite possam alterar a Constituição (efeito de emenda constitucional), ao mesmo tempo em que se submetem às regras de solução de conflito aplicáveis às leis internas, quais sejam *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis*. Essa compreensão da Corte Suprema não é amainada nem mesmo quando se trata de direito da integração e direitos humanos, consoante se observou dos arestos citados anteriormente.

O fato é que essa diretriz encombe uma grande tensão: de um lado, brada-se pela impossibilidade de isolamento do Estado frente aos processos de universalização, bem como pela inaceitabilidade do não-comprometimento do Estado em relação às obrigações internacionais livremente assumidas, no sentido de não-garantia da efetivação dos encargos na esfera interna – defende-se, em consequência, a inegável preferência do direito internacional sobre o direito interno, por representar aquele uma realidade mais abrangente e significativa; de outro, sustenta-se a irrealizabilidade da primazia do direito internacional sobre o direito interno, frente ao texto da Carta Magna, bem como a aderência do Poder Judiciário à ordem normativa interna, a despeito de obrigações assumidas internacionalmente e que não encontrem guarida nos preceitos constitucionais. De um lado, tem-se a responsabilidade internacional do Estado, de outro, a responsabilidade dos Poderes do Estado – observadas as sua esfera de competência típica – com a estabilidade e a coerência das instituições nacionais, frente aos valores supremos que consagram.

Mais do que um embate jurídico, a questão da relação entre os tratados internacionais e o direito interno, mais especificamente a Constituição, não prescinde de uma análise pluri-sistêmica. Assim, elementos não-jurídicos – ou não-normativos – devem ser também considerados e são igualmente relevantes. De fato, o próprio Supremo Tribunal Federal – vide voto do Ministro Moreira Alves, no RHC 79.785-RJ, em que se menciona a segregação dos Estados fracos pelos Estados influentes – tem manifestado inquietação diante da possibilidade de se atribuir primazia a normas convencionais internacionais, quando é do conhecimento geral que as relações internacionais envolvem partes com diferentes graus de desenvolvimento político, jurídico, econômico e

social. Essas disparidades entre os sujeitos do direito internacional implicam a detenção, por parte deles, de desigual capacidade de influência e de decisão da sociedade internacional, com o conseqüente sobrepujamento de alguns, discrepância que se vê acentuar a cada dia, gerando, de outro lado, a própria negação da idéia de sociedade internacional. Note-se, exemplificativamente, a política externa americana e, nesse contexto, a publicidade dada pelos Estados Unidos à indeclinabilidade da guerra independentemente da concordância da Organização das Nações Unidas, instituição internacional reputada, inclusive pelo próprio Estado americano, a mais representativa dos designios e ideais de uma comunidade internacional. Pergunta-se, então, onde reside e qual a força do interesse comum da humanidade e em que consiste a apregoada complementariedade das ordens interna e internacional.

De fato, mostram-se razoáveis os argumentos dos defensores do primado do direito internacional no sentido de que o Estado deveria honrar com os compromissos internacionalmente assumidos, bem como de que o controle da forma e do conteúdo das normas internacionais diante do direito interno deveria ser essencialmente prévio, anterior à conclusão definitiva do vínculo obrigacional. De outro ângulo, entretanto, também é pertinente a alegação de que a inexistência de fiscalização prévia da constitucionalidade/ legalidade dos tratados internacionais não exime os Poderes competentes – na esfera de suas competências típicas – de promoverem os aparos necessários à compatibilização das normas internacionais com o ordenamento interno, quando esta se constitui numa exigência de índole constitucional. Quanto aos direitos humanos, é correto que transcendem as fronteiras estatais e que consagram valores fundamentais que merecem ser resguardados, mas também é certo que a maior ou menor atenção que se lhes atribui varia segundo a existência de outros interesses envolvidos. Assim, quanto aos Estados desenvolvidos, pretendendo o espargimento das forças econômicas com a deposição das barreiras pelos Estados mais fracos, adotam a universalização característica dos direitos humanos como discurso; mas, simultaneamente, buscando a proteção prioritária dos interesses internos, desprestigiando a concepção da somação de esforços, recusam-se a assinar convenções de direitos humanos, especialmente de proteção ao meio ambiente. De outro lado, pode ser taxado de absurdo – por paradoxal – o argumento de que as já mencionadas desigualdades entre os Estados não podem ser argüídas como empecilho à adoção e ao cumprimento das normas internacionais convencionais. Todos esses elementos apontam para a complexidade da temática e para a responsabilidade dos que a enfrentam.

Nessa contextura, questiona-se sobre o papel da Constituição.

Traçando uma evolução do constitucionalismo, Vital MOREIRA³⁸⁵ destaca que ele representou, de início, a idéia de limitação do poder político.

385 MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA Filho, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo:

Assim, com as revoluções liberais, o constitucionalismo se consagrou por três idéias básicas: “autoconstituição da colectividade”; “submissão do Estado à Constituição” e “subordinação do Poder Executivo e da Administração à lei”. Posteriormente, o constitucionalismo viu-se associado a questões econômicas e sociais, variando momentos de intensa intervenção do Estado nesses setores e de maior atribuição de liberdade. Outras ampliações materiais foram procedidas nas Constituições, à proporção em que novos direitos foram surgindo. Ainda segundo o autor em comento, o desenvolvimento da justiça constitucional e dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade representaram um dos maiores avanços do constitucionalismo, em vista da função confirmadora da normatividade constitucional que desempenham. Contemporaneamente, as Constituições continuam sendo identificadas como documentos fundantes do Estado, a norma que consagra os valores e princípios fundamentais da sociedade estatal. Vital MOREIRA coloca então os dez maiores problemas que estão a influir no futuro da Constituição: a) o pluralismo territorial, representado pelo aumento do número de Estados Federais, pela existência de regiões autônomas, pela formação de comunidades de Estados (integração regional); b) o multiculturalismo e a sociodiversidade; c) a “cidadania dos não-nacionais”; d) a ampliação do rol de direitos fundamentais e dos correspondentes mecanismos de proteção; e) a crise da democracia representativa e fragmentação de grupos de poder; f) “o abandono de formas puras a favor de formas mais complexas e pluriformas”, com realce na composição e na coordenação das diferenças; g) a insurgência contra a Constituição social e econômica; h) a necessidade de abertura da Constituição em detrimento de sua concepção rígida; i) as restrições à soberania decorrentes do reconhecimento de normas internacionais cogentes, vinculativas dos Estados, independentemente de sua manifestação de vontade, a exemplo dos direitos humanos; j) o projeto de supranacionalidade e o compatilhamento da soberania.

De fato, cuida-se de temas que se encontram na ordem do dia, não se mostrando possível o estudo da Constituição sem a correspondente conexão com tais questões. Todos eles parecem indicar o decaimento da Constituição, como regulamentação fechada nos estreitos limites do Estado, bem como a necessidade de tornar o Texto Constitucional mais permeável às exigências de ampliação do espaço, dos atores e dos direitos. A realidade dos fatos, contudo, demonstra que, ao mesmo tempo, está a se exigir da Constituição ainda maior força como estrutura garantidora de unidade e coesão, não meramente como uma reação nacionalista extremada, mas como um instrumento de equilíbrio entre as forças de integração e de desintegração, que caminham juntas, sobretudo porque o modelo dominante de organização política continua sendo o Estado.

Analisando a relação entre o direito comunitário e o direito constitucional interno, Vital MOREIRA – mais uma vez citado – assevera:

Neste contexto são conhecidas as duas posições opostas sobre as relações entre o direito comunitário e o direito constitucional interno:

1) a posição “constitucionalista”, que continua a defender a centralidade das Constituições nacionais;

2) a posição europeísta, que defende a supremacia dos tratados e do demais direito comunitário sobre todo o Direito interno, incluindo a Constituição, e que tem a sua expresso na jurisprudência do TJCE.

Em todo caso, parafraseando uma discussão americana de há mais de dois séculos, entre federalistas e antifederalistas, talvez seja de recordar que, não havendo, nem estando no horizonte, a idéia de um “povo europeu”, mas sim de um conglomerado de povos europeus, a futura Constituição da União não pode ser invocada por um **We the people of Europe**, mas sim por um **We the peoples of the States of Europe**.

Desse modo, será de admitir que a Constituição Européia deixe espaço suficiente para uma larga respiração própria das Constituições nacionais. Tal como na relação entre as funções entre a União e os Estados, também na relação entre as Constituições de uma ou de outros deve vigorar o princípio da subsidiariedade. A Constituição da União deve ocupar-se somente daquilo que não possa ser mais adequadamente deixado para as Constituições nacionais³⁸⁶.

Em síntese, a Constituição continua sendo o parâmetro e tem realçada a função equilibradora, diante da incontrollável sensibilização ao internacionalismo, transmutando-se este especialmente em cooperação regionalizada, calcada nas idéias de coordenação e complementação, e, portanto, de subsidiariedade.

Referências bibliográficas³⁸⁷

386 MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto & GUERRA Filho, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 334-335.

387 Em homenagem ao princípio da honestidade intelectual, estão citadas, nas referências bibliográficas, todas as obras consultadas, que contribuíram para a formulação deste trabalho, ainda que não expressamente referidas no seu corpo.

- ARIOSI, Mriângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas. O Judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Nº 217. Jul./Set., 1999, p. 67-79.
- BALEEIRO, Aliomar. **A Constituição de 1891**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 2).
- _____. **A Constituição de 1946**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 5).
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade. Conceito e Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BASTOS, Carlos Eduardo Caputo. **O Processo de Integração do Mercosul e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados**. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas. Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989 (v. 2).
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Coutinho, Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Trad. VARRIALI, Carmem *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jan. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 8279/AT-Argentina, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 17 jun. 1998. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 10 ago. 2000. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=julg&s1=8279&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível nº 9587/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Lafayette de Andrada, Brasília, DF, 21 ago. 1951.

Diário da Justiça, Brasília, DF, 18 out. 1951. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=9587&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 662/PU-Peru, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 28 nov. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 30 mai. 1997. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=extradi%E7%E3o+e+662&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 72131/RJ, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 23 nov. 1995. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 01 ago. 2003. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=72131&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=8&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 73044/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Maurício Correa, Brasília, DF, 19 mar. 1996. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 20 set. 1996. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=73044&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1048/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 04 set. 1997. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 18 mai. 2001. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=1480&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=6&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80004/SE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, Relator para o acórdão Ministro Cunha Peixoto, Brasília, DF, 01 jun. 1977. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 dez. 1977. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=80004&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF>>.

F&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=4&f=G>. Acesso em: 17 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 109.173/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Madeira, Brasília, DF, 27 fev. 1987. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 27 mar. 1987. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=109173&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>. Acesso em: 18 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 355438/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, Brasília, DF, 15 out. 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 nov. 2002. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=355438&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=1&f=G>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79785/RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 mar. 2000. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 nov. 2003. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=79785&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=3&f=G>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

BURDEAU, Georges. **Droit Constitutionnel**. 21ª Édition par Francis Hamon/Michel Troper. Paris: Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, [s.d.].

CARREAU, Dominique. **Droit International**. 2ª ed. Paris: Pedone, 1988.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Os Tratados Frente ao Direito Nacional – Considerações. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária/UFPE. V. LXXXVI, 1994, p. 299-355.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição de 1967**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 6).

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**. Quinta Edizione. Napoli: Editoriale Scientifica, 1999.

- CRETELLA Júnior, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988 (v. 2).
- DALLARI, Pedro. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DANTAS, Ivo, MEDEIROS, Marcelo de Almeida & LIMA, Marcos Costa (orgs.). **Processos de Integração Regional. O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais**. Curitiba: Juruá, 1999.
- DIEZ-MORENO, Fernando. **Manual de Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Soberania e Processos de Integração: O Novo Conceito de Soberania em Face da Globalização (Uma Abordagem Especial Quanto às Realidades de Integração Regional)**. Curitiba: Juruá, 2002. (Pensamento Jurídico, v. 7).
- FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno. Estudo Analítico da Situação do Tratado da Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GARCIA, Maria. A Constituição e os Tratados – A Integração Constitucional dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 9. Nº 37. Out./Dez., 2001, p. 38-44.
- GRAU, Eros Roberto & GUERRA Filho, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- HARTLEY, T C. **The Foundations of European Community Law**. 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Borges, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados Internacionais no Brasil e Integração**. São Paulo: LTr, 1998.
- LIMA Jr., Jayme Benvenuto (org.). **Direitos Humanos Internacionais. Avanços e Desafios no Início do Século XXI**. Recife: Programa dhInternacional, 2001.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). **Tributação no Mercosul**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 1997.
- MAZZUOLI, Valério Oliveira. O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais – O *Treaty-Making Power* na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 10. Nº 38. Jan./Mar., 2002, p. 09-45.

- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos Poderes Constituídos para a Celebração de Tratados, à Luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- MELLO, Celso D de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 2ª ed.rev.ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 (v. 1).
- _____. **Direito Constitucional Internacional: Uma Introdução.** 2ª ed.rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **Direito Internacional Público – Tratados e Convenções.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos.** São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional.** 2ª ed.rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- _____. **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Jorge. **Direito Internacional Público I.** Apontamentos das aulas do 2º ano jurídico. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. **Derecho Constitucional Internacional.** Trad. Lacambra, Luis Legaz y. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1936.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.
- NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituição de 1824.** Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 1).
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência.** 3ª ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora/ESMAFE, 2001.
- PEREIRA, André Gonçalves. **Manual de Direito Internacional Público.** 3ª ed.rev.aum. (reimpressão). Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 5ª ed.rev.ampl.atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- POLETTI, Ronaldo. **A Constituição de 1934.** Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 3).

- PORTO, Walter Costa. **A Constituição de 1937**. Brasília: Senado Federal/Ministério da Ciência e da Tecnologia/Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Constituições Brasileiras, v. 4).
- QUADROS, Fausto de & PEREIRA, André Gonçalves. **Manual de Direito Internacional Público**. 3ª ed.rev.ampl. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1997.
- RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo. Comentários aos Casos Contenciosos e Consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- RESEK, J.F. **O Direito Internacional no Século XXI. Textos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **Direito Internacional Público. Curso Elementar**. 9ª ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos. Instrumentos Internacionais. Documentos Diversos**. 2ª ed. atual. Brasília: Senado Federal/Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Direito Constitucional do Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. Pedido de vista adia julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=66430&tip=UM&p>>. Acesso em 11 out. 2005.
- TREMPS, Pablo Pérez. **Constitución Española y Comunidad Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1994.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. (ed.). **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão Européia, 1996.
- VILHENA, Oscar Vieira (org.). **Direitos Humanos. Normativa Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.